Die Abnahmepflicht des Käufers.

INAUGURAL-DISSERTATION

verfasst und der

HOHEN RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT

der

KGL. BAYER. JULIUS-MAXIMILIANS-UNIVERSITÄT WÜRZBURG

zur

ERLANGUNG DER RECHTSWISSENSCHAFTLICHEN DOKTORWÜRDE

vorgelegt von

LEO GOTTSCHALK

Referendar aus DÜSSELDORF.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

DÜSSELDORF
FR. JUMPERTZ (OEBEN & FIEDLER)
1913.

Referent: Geheimer Rat Professor Dr. H. v. Burckhard.

Meinen Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549801_0150

Inhaltsübersicht.

§ 1. Einleitung.

§ 2. Die Abnahmepflicht des Käufers nach dem bisherigen Recht:
a) im gemeinen Recht,
b) im preußischen allgemeinen Landrecht,
c) im französischen Recht,
d) im alten Handelsgesetzbuch,
e) in den Vorarbeiten zum bürgerlichen Gesetzbuch.

§ 3. Der Begriff der „Abnahme" in den §§ 433, 448 B.G.B.

§ 4. Verhältnis des Begriffs „Abnahme" in den §§ 433, 448 zu verwandten Begriffen.

§ 5. Rechtscharakter der Abnahmepflicht des Käufers.

§ 6. Gegenstand der Abnahmepflicht.

§ 7. Voraussetzung und Umfang der Abnahmepflicht.

§ 8. Der Abnahmeverzug. Seine Voraussetzungen und seine Verschiedenheit vom Annahmeverzug.

§ 9. Die Folgen des Abnahmeverzugs; insbesondere die Frage nach der Anwendbarkeit des § 326 B.G.B.

Literaturverzeichnis.

Bachem, Zu der Frage, ob es nach dem code civil eine Klage auf Empfangnahme oder Abnahme und Spezifikation gibt. In Puchelts Zeitschrift für franz. Zivilrecht. Bd. 23 S. 708 ff.

Barkhausen, Die Klage des Verkäufers auf Abnahme der Ware. In Goldschmidts Zeitung für das gesamte Handelsrecht. Bd. 30.

Bretzfelder, Begriff der Abnahme bei Kauf- und Werkvertrag; Bamberg 1906.

Brinkmann, Lehrbuch des Handelsrecht, 1853—1860.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts; Bd. I. 5. Aufl. Jena 1910.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. II, 1902.

Dernburg, 1) Pandekten, Bd. II. 7. Aufl. 1903.
2) Preußisches Privatrecht Bd. II. 5. Aufl. Halle 1897.
3) Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preußens. Bd. II. Abt. 2. 1. und 2. Aufl. 1901. 3. Aufl. 1905.

Düringer-Hachenburg, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. III. 1905.

Endemann, 1) Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. Bd. II. Leipzig 1882.
2) Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I. 9. Aufl. 1903.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, 8. Aufl. München 1909.

Fleck, Die Verzugslehre und der Entwurf eines Handelsgesetzbuchs. Im Arch. für bürgerliches Recht Bd. 12.

Förtsch, Sprache der Juristen, der Gesetze, der Geschäftswelt. In der deutschen Juristenzeitung 1905.

Goldschmidt, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bde. 17, 30.

Hackert, Die Begriffe Ablieferung, Abnahme, Annahme und Empfangnahme im Kauf- und Frachtrecht, Berlin 1890.

Hirsch, Zur Revision der Lehre vom Gläubigerverzug. Leipzig 1895.

Hohenstein, 1) Der Abnahme-Annahmeverzug des Käufer-Gläubigers. Im Arch. für bürgerliches Recht, Bd. 25.
2) § 326 B. G. B. und der Abnahmeverzug des Käufers. In Gruchots Beiträgen. Bd. 48.

Jacobi. Die Abnahmepflicht des Käufers. In Ihrings Jahrbüchern Bd. 45.

Kohler, Der Gläubigerverzug. Im Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 13.

Laband, Zum 2. Buche des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs. Im Archiv für zivilistische Praxis. Bd. 74.

Laurent. Principes du Droit civil Bd. 24.

Lehmann, Bedeutung der Ausdrücke „Abnahme (Empfangnahme)" nach dem bürgerlichen Gesetzbuch und Handelsgesetzbuch. In der deutschen Juristenzeitung 1902.

Lippmann, Gibt der Abnahmeverzug des Käufers für sich allein dem Verkäufer die Rechte aus § 326 B.G.B.? In der deutschen Juristenzeitung 1904.

Makower, 1) Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch mit Kommentar, 11. Aufl. 1893.
2) Handelsgesetzbuch mit Kommentar Bd. II, 13. Aufl. Berlin 1907.

Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht; Lehre von der mora, 1855.

Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich, Bd. II. 1888.

Müller. Die Abnahmepflicht des Käufers; Erlanger Diss. 1910.

Neumann, Handausgabe des B.G.B. 5. Aufl. 1909.

Oberloskamp, Abnahmepflicht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich. Leipziger Diss. 1905.

Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. 1906.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch 3. Aufl. 1907.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. II, 1898.

Romeick, Zur Technik des Bürgerlichen Gesetzbuches, Heft 1. Stuttgart 1901.

Rosenberg, Der Verzug des Gläubigers. In Ihrings Jahrbüchern. Bd. 43.

Rosenthal, Die Abnahmepflicht des Käufers nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, Bonner Diss. 1904.

Rümelin, Dienstvertrag und Werkvertrag 1905.

Schäfer, Die Abnahmepflicht des Käufers nach dem B.G.B. Würzburger Diss. 1910.

Schöffer, Die Abnahmepflicht bei Kauf- und Werkvertrag Rostocker Diss. 1903.

Schollmeyer, 1) Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, Berlin 1897, 1904.
2) Kommentar, Recht der Schuldverhältnisse, Teil I, 1900.

Schütze, Die Abnahmepflicht des Käufers, Kiel 1904.

Sprenger, Ueber die Klage des Verkäufers gegen den Käufer auf Abnahme der verkauften Sache nach § 459, Abs. II des Entwurfs eines B.G.B. für das deutsche Reich. In Gruchots Beiträgen Bd. 34.

Staub, 1) Kommentar zum allgemeinen deutschen H.G.B. 5. Aufl. 1897. Bd. 5.
2) Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 6—7 Aufl. 1900; 8. Aufl. Bd. II. 1907.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5—6 Aufl. Bd. II. 1910.

Striebinger, Der Begriff der Abnahme beim Kauf- und Werkvertrag, München 1906.

Treitschke, Der Kaufkontrakt, Gera 1865.

Warschauer, Der Tatbestand des Abnahmeverzugs nach gemeinem Recht und nach bürgerlichem Recht, Breslau 1902.

Willenbücher, Das allgemeine deutsche H.G.B. Berlin 1891.

Windscheid-Kipp, Pandekten Bd. II 9. Aufl. 1906.

Wolf. Zur Lehre von der mora, Göttingen 1841.

Zachariä-Crome, Handbuch des französischen Zivilrechts, Bd. II. 8. Aufl. 1894.

Zeeden, Der Abnahmeverzug beim Kauf und seine Wirkungen. Rostocker Diss. 1907.

§ 1. Einleitung.

Die Frage, ob es zweckmäßig sei, dem Käufer außer der Verpflichtung der Kaufpreiszahlung die weitere Pflicht aufzuerlegen, das Kaufgut, welches doch bestimmt ist, aus dem Machtbereiche des Verkäufers in den des Käufers überzugehen, vom Verkäufer fortzuschaffen, die Frage nach der Abnahmepflicht des Käufers, hat schon früh den Gegenstand lebhafter Erörterungen gebildet. Wenn auch die Beantwortung der Frage im Näheren in den Gesetzgebungen verschieden ausgefallen ist, so haben sich doch die neueren Kodifikationen durchweg für die Statuierung einer Abnahmepflicht des Käufers entschieden. Auch unser bürgerliches Gesetzbuch hat als Absatz II des § 433 die ausdrückliche Bestimmung aufgenommen: Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen „und die gekaufte Sache abzunehmen." Mit der Aufnahme dieser Bestimmung ist jedoch der Streit um die Abnahmepflicht des Käufers nicht zur Ruhe gelangt. Bedeutung, Umfang und Wirkung derselben sind weiter heiß umstritten. Zur Klärung dieser Fragen bedarf es eines Eingehens auf die Stellung, welche das von den Schöpfern unseres bürgerlichen Gesetzbuches berücksichtigte bisherige Recht zu der Frage nach der Abnahmepflicht des Käufers eingenommen hat.

§ 2. Die Abnahmepflicht des Käufers nach dem bisherigen Recht.

a) im gemeinen Recht.

Die Stellungnahme der gemeinrechtlichen Literatur zu unserem Thema fußt auf l. 9. D. 19, 1, de actionibus emti et venditi; Pomponius libro XX ad Sabinum: Si is qui lapides ex fundo emerit, tollere eos nolit ex vendito agi cum eo potest, ut eos tollat.

Es ist dies die einzige Stelle im corpus juris, die eine derartige, mit der Kaufklage zu verfolgende Verpflichtung des Käufers zum Gegenstand hat. Die Ansichten über ihre Bedeutung lassen sich in drei Hauptgruppen sondern. Die erste Gruppe bejaht eine allgemeine Abnahmepflicht uneingeschränkt,

die zweite verneint sie unbedingt; die dritte endlich nimmt eine Abnahmepflicht des Käufers nur dann an, wenn der Verkäufer ein Interesse an der Abnahme des Kaufgegenstandes hat.

Vertreter der ersten Gruppe sind Brinkmann, Endemann, Goldschmidt und Treitschke. Nach Brinkmann[1]) soll dem Verkäufer, falls keine besonderen vertraglichen Bestimmungen über die Verzugsfolgen getroffen sind, stets eine Klage auf Abnahme des Kaufgegenstandes und Zahlung des Kaufpreises nebst Verzugszinsen zustehen. Endemann[2]) erklärt, daß der Käufer verpflichtet sei, die vertragsmäßig gelieferte Ware „anzunehmen". [3]) Nach Goldschmidt[4]) ist die l. 9. D. 19. 1. das Ergebnis eines allmählichen Entwicklungsganges, der in l. 1. D. 18. 6, seinen Ausgang genommen habe: Die anfänglich durch formularmäßige Abrede begründete Abnahmepflicht sei später selbstverständlich geworden. Treitschke[5]) folgert aus einem mit der Abnahmepflicht stets verbundenen Ablieferungsrecht des Verkäufers, daß dieser stets berechtigt sei, die Abnahme mit der Kaufklage zu erzwingen.

U. E. bietet die l. 9. cit. für eine derart weitgehende Interpretation keinen genügenden Anhalt. Die Entscheidung kann sehr wohl durch die besonderen Umstände des Falles begründet sein. [6]) Was speziell die Ansicht Goldschmidts betrifft, so ist es nicht nur bedenklich, die über den Weinverkauf handelnde Stelle des Ulpian und den Ausspruch des Pomponius über den Kauf von Steinen ohne weiteres auf sämtliche Kaufgeschäfte auszudehnen, sondern es steht der angeblichen Entwicklung doch wohl auch das zeitliche Verhältnis beider Stellen (Ulpian, Pomponius) entgegen. [7])

Die zweite Ansicht, welche eine Abnahmepflicht des Käufers schlechthin verneint, wird hauptsächlich vertreten von Kohler, Laband, Mommsen und Windscheid-Kipp.

Nach Kohler[8]) sind in der in Rede stehenden Digestenstelle eigentlich 2 Verträge enthalten, nämlich ein Kaufvertrag, Verkauf der Steine, und ein Werkvertrag, Entsteinung des Ackers. Die römischen Juristen hätten diese Einzelverträge zu einem einheitlichen Vertrage zusammengezogen. Da hier nun

---

[1]) a. a. O. Bd. I. § 100 S. 376.

[2]) a. a. O. Bd. II. S. 627.

[3]) Aus dem Zusammenhang ergibt sich, daß hier „annehmen" gleichbedeutend mit „abnehmen" gebraucht ist.

[4]) in der Zeitschrift f. d. ges. Hdlsrecht, Bd. 17.

[5]) a. a. O. § 77 S. 273.

[6]) Vgl. dazu l. 16. pr. de praescr. verb. 19. 5 aus demselben Werke des Pomponius lib. 22 ad Sabin.

[7]) Vgl. Schöffer: Die Abnahmepflicht bei Kauf- und Werkvertrag, Rostock 1903.

[8]) a. a. O. S. 276 ff.

das Interesse des Käufers an den Steinen vorherrschend gewesen sei, habe man, um einer Klageabweisung wegen pluspetitio vorzubeugen, bei diesem Doppelvertrage nur die Kaufklage gegeben. Diese Beweisführung erscheint uns jedoch verfehlt. Die Stelle zeigt u. E ganz im Gegenteil, daß das Interesse des Verkäufers an der Wegschaffung der ihm lästigen Steine vorherrscht. Wäre die Theorie Kohlers richtig, so hätte hiernach der Verkäufer die actio locati aus dem hier vorherrschende Geschäft der locatio conductio operis anstellen müssen. [9])

Laband [10]) meint, daß im Falle der Abnahmeverzögerung die Folgen des Annahmeverzuges genügen müssen. Die Digestenstelle sei als Ausnahmefall zu betrachten. Hier sei mit dem Kaufvertrag ein Transportvertrag verbunden.

Auch Mommsen [11]) steht auf dem Standpunkte, daß die l. 9. D. 19. 1, ein derartig gemischtes Geschäft zum Gegenstand habe.

Windscheid-Kipp [12]) geben dem Verkäufer kein Recht und deshalb auch keine Klage auf Abnahme. Jedoch könne eine Verpflichtung des Gläubigers, dem Schuldner den zu leistenden Gegenstand binnen bestimmter Frist abzunehmen, durch die das Forderungsrecht erzeugende Tatsache ausdrücklich oder stillschweigend begründet sein. In diesem Sinne sei auch l. 9. D. 19. 1, zu verstehen.

Gegen die Auffassung von Laband und Mommsen läßt sich dieselbe Einwendung erheben, wie gegen die Theorie Kohlers. Windscheid-Kipp hingegen, welche die Negierung der Abnahmepflicht schon sehr einschränken, nähern sich damit der dritten Gruppe, die eine Abnahmepflicht des Käufers dann annimmt, wenn der Verkäufer ein Interesse an der Abnahme des Kaufgegenstandes hat. Ueber den Umfang dieses Interesses sowie darüber, zu welchem Zeitpunkte das Interesse vorhanden sein muß, gehen die Ansichten der Vertreter dieser sog. „Interessentheorie“ auseinander.

Die eine Ansicht, in der Hauptsache von Dernburg [13]) vertreten, geht dahin, daß den Käufer nur dann eine Abnahmepflicht trifft, wenn das Interesse des Verkäufers an der Abnahme beim Abschlusse des Kaufvertrages vorhanden oder zum mindesten voraussehbar ist.

Eine derartige Annahme kann aber unter Umständen zu großen Härten für den Verkäufer führen, zu dessen Vorteil die Abnahmepflicht des Käufers gerade dienen soll, wie

---

[9]) Vgl. dazu die oben zitierte l. 16. pr. D. 19. 5.
[10]) Archiv f. zivil. Praxis. Bd. 74, S. 307 ff.
[11]) Beiträge z. Obl. Recht. Lehre von der mora S. 134 ff.
[12]) Pandekten Bd. II.
[13]) Pandekten II. S. 267.

folgendes Beispiel zeigen mag: Ein Hochofenbesitzer hat einen Berg Schlacke, die seit langem auf seinem sonst unbenutzten Grundstücke lagert, verkauft. Der Kaufpreis ist entrichtet, jedoch fährt der Käufer die Schlacke nicht ab, da die Verwendungsmöglichkeit nachträglich für ihn weggefallen ist. Nun wird der Verkäufer von der Behörde dazu angehalten, die gesundheitsschädliche Gase ausströmende Schlacke von seinem Grundstücke zu entfernen. Soll der Verkäufer etwa hier die vielleicht sehr erheblichen Kosten der Abfuhr der Schlacke deshalb tragen, weil sein Interesse an deren Beseitigung erst nach dem Kaufabschlusse hervorgetreten ist? Auch ein erst nach Abschluß des Kaufvertrages zu Tage tretendes Interesse wird genügen müssen, um den Käufer zur Abnahme zu verpflichten.

Die Frage nach dem Umfang dieses erforderlichen Interesses wird verschieden beantwortet.

Die einen, so Barkhausen [14]), begnügen sich damit, ein beliebiges allgemeines Interesse des Verkäufers an der Abnahme zu fordern. Dies erscheint uns als zu weitgehend. Meist wird der Verkäufer sich durch Dereliktion oder Hinterlegung leicht der Kaufsache entledigen können. In diesem Fall dem Verkäufer, wie Barkhausen es will, eine Klage auf Abnahme zu geben, bedeutet eine nicht zu rechtfertigende Härte gegen den Käufer. Auch widerspricht diese Auffassung dem bereits mehrerwähnten Quellentext, der doch augenfällig darauf hindeutet, daß es sich hier nicht um den Regelfall, sondern um eine Ausnahme von den alltäglichen Kaufgeschäften handelt.

Die andere Richtung, insbesondere von Sprenger und Wolff vertreten, fordert zur Statuierung der Abnahmepflicht des Käufers, daß der Verkäufer für jeden einzelnen Fall besonderes Interesse an der Abnahme hat. Diese Auffassung wird verschiedenartig begründet. Sprenger [15]) betont, daß die Hauptverpflichtung des Käufers allerdings in der Zahlung des Kaufpreises bestehe, daß man aber auch eine Klage auf Abnahme in einem „zwar kleinen, aber bestimmt abgegrenzten praktischen Anwendungsgebiete" geben müsse; dieses Gebiet ergebe sich durch das „lokale Interesse". Wolff [16]) äußert sich mit Bezug auf die l. 9. dahin, daß der Debitor die durch mora des Kreditors ihm entstandenen Schäden oder Auslagen ersetzt verlangen dürfe, daß der Verkäufer-Schuldner unter Umständen das Objekt verkaufen, preisgeben oder, falls auch dieses Kosten verursacht, dem Käufer-Gläubiger mittels Klage auf Abnahme aufzwingen könne. Unter den genannten Voraus-

[14]) a. a. O. S. 30 ff.
[15]) Gruchots Beiträge Bd. 34 S. 592 ff.
[16]) Zur Lehre von der mora S. 487 ff.

setzungen können der Kreditor dem Debitor nicht entgegensetzen: Tua non interest.

Die letztere Ansicht ist u. E. für das gemeine Recht zutreffend und mit Recht auch von der herrschenden Praxis aufgenommen worden. Die Entscheidung in l. 9. cit. hat ihre Rechtfertigung darin, daß in solchen Fällen, in denen ein erhebliches Interesse auf Seiten des Verkäufers an der Abnahme der Kaufsache vorliegt, der Käufer mit der actio venditi auf Abnahme belangt werden kann.

Wir kommen hiernach zu dem Schluß: Für das gemeine Recht besteht eine Abnahmepflicht des Käufers in dem Falle, daß der Verkäufer ein besonderes Interesse an der Abnahme des Kaufgegenstandes hat.

b) im preußischen allgemeinem Landrecht.

Hier herrscht größere Klarheit über das Bestehen einer Abnahmepflicht des Käufers als im gemeinem Recht, denn unter dem Marginale „Verbindlichkeiten des Käufers" ist im 1. Teil, 11. Titel, § 215 A.L.R. folgendes bestimmt: „Ist der Verkäufer bereit, die Sache vertragsmäßig zu übergeben, so ist der Käufer sie sofort zu übernehmen schuldig." Das Gesetz braucht hier zwar den nicht ganz scharfen Ausdruck „übernehmen"; jedoch auch diejenigen, welche das Bestehen einer klagbaren Abnahmeverpflichtung des Käufers für das preußische Recht leugnen, ziehen nicht in Zweifel, daß dieses Wort im Sinne von „abnehmen" zu verstehen ist.

Die überwiegende Mehrzahl der Schriftsteller, vor allem Förster-Eccius [17]) sowie auch die Rechtsprechung [18]) stehen mit Recht auf Grund der unzweideutigen Bestimmung des Gesetzes auf dem Standpunkte, daß für das preußische Recht eine allgemeine Abnahmepflicht des Käufers besteht.

In Gegensatz hierzu stellen sich nur Laband und Dernburg.

Laband [19]) führt aus, daß man von einer rechtlichen Pflicht nicht nur zu sprechen pflege, wenn diese erzwingbar sei, sondern auch dann, wenn deren Nichtbeachtung mit Nachteil verknüpft sei. So rede man von einer „Pflicht" des Wechselgläubigers zu rechtzeitiger Präsentation und Protesterhebung. Auch die Abnahmepflicht des Käufers in § 215 a. a. O. sei ledig-

---

[17]) Förster-Eccius, Bd. II. S. 66.

[18]) Vergl. Entsch. d. R. G. vom 26. Januar 1887 in Gruchots Beiträgen Bd. 31 S. 938 sowie R. G. Bd. 26 S. 216 ff.

[19]) Archiv f. civ. Pr. S. 305. ff.

lich dahin zu verstehen, daß die Verletzung dieser Pflicht die Verzugsfolgen der §§ 216—220 nach sich ziehe. Aber schon das dem Wechselrecht entnommene Beispiel, welches Laband in Parallele zur Abnahmepflicht des Käufers stellt, paßt nicht. Es gibt allerdings Rechtspflichten, die klageweise nicht erzwingbar sind, sondern deren Nichtbeachtung andere Nachteile zeitigt. Während aber die Unterlassung rechtzeitiger Präsentation bezw. Protesterhebung stets eine Verschlechterung in der Rechtsstellung des die Unterlassung begehenden Wechselgläubigers in Gefolge hat, eine Klage des hiernach günstiger gestellten Wechselschuldners also widersinnig wäre, will der seiner Abnahmepflicht nicht nachkommende Käufer regelmäßig irgend einen Vorteil erzielen. Hier ist daher für den Verkäufer, dem durch die Nichtabnahme Schaden entstehen kann, sehr wohl ein Interesse an der Abnahme denkbar.

Dernburg [20]) will, für das preußische Recht nur dann eine Abnahmepflicht des Käufers anerkennen, wenn sich diese aus der Absicht der Vertragschließenden oder aus der Natur des jeweiligen Kaufgeschäftes ergibt. Diese Einschränkungen finden aber in dem klaren Wortlaute des § 215 keinerlei Stütze.

Wir kommen sonach im Einklang mit der herrschenden Meinung zu dem Resultat, daß im preußischen A.L.R. eine allgemeine Abnahmepflicht des Käufers gesetzlich anerkannt ist.

c) im französischen Recht.

Der Code civil enthält keinerlei Bestimmung über die Abnahmepflicht des Käufers. Es heißt im Art. 1650 nur: La principale obligation de l' acheteur est de payer le prix au jour et au lieu réglés par la vente. Trotzdem bejaht die herrschende Meinung die Abnahmeverpflichtung des Käufers für das französische Recht, allerdings in verschiedenartigem Umfange. Bachem [21]) meint, daß stets eine Klage auf Abnahme gegeben sei, da man aus der Principale obligation der Zahlungspflicht im Art. 1650 auf das Bestehen einer Obligation secondaire schliessen könne. Auch Laurent [22]) steht auf diesem Standpunkt: „Il faut donc dire que l'acheteur a deux obligations, celle de prendre livraison de la chose et celle d'en payer le prix."

Demgegenüber läßt Crome [23]) eine Klage auf Abnahme nur zu, wenn der Verkäufer „an dieser Abnahme ein Interesse

---

[20]) preußisches Privatrecht Bd. II. S. 402.
[21]) a. a. O. S. 708 ff.
[22]) Principes du Droit civil, Bd. 24 S. 302.
[23]) in Zachariä-Crome a. a. O. S. 495.

hat, sodaß die Uebernahme einer diesbezüglichen Verpflichtung gefolgert werden muß. Darüber hinaus gibt es keine Abnahmepflicht des Käufers". Diese u. E. richtige Meinung findet einen Stützpunkt in Art. 1657, der für den Verkauf von Lebensmitteln und beweglichen Sachen bestimmt, daß im Falle der Empfangnahmeweigerung des Käufers ohne weiteres die Auflösung des Kaufvertrages zum Vorteile des Verkäufers eintritt. Gerade hier wird im Gegensatz zum Verkauf von Immobilien das Interesse des Verkäufers an alsbaldiger Abnahme regelmäßig besonders groß sein, da wegen der täglichen Preisschwankungen dieser Sachen eine spätere, ebenso günstige Verwertungsmöglichkeit für den Verkäufer in Frage gestellt ist.[24])

Wir kommen somit zu dem Ergebnis, daß für das französische Recht dasselbe gilt, wir für das gemeine Recht; den Käufer trifft die Pflicht zur Abnahme des Kaufgegenstandes, wenn ein aus dem Inhalt des Vertrages sich ergebendes Interesse des Verkäufers an der Abnahme obwaltet.

d) im alten Handelsgesetzbuch.

Art. 346 des alten Handelsgesetzbuches bestimmt: „Der Käufer ist verpflichtet, die Ware zu empfangen, sofern sie vertragsmässig beschaffen ist oder in Ermangelung besonderer Verabredungen den gesetzlichen Erfordernissen entspricht. (Art. 355). Die Empfangnahme muß sofort geschehen, wenn nicht ein anderes bedungen oder ortsgebräuchlich oder durch die Umstände geboten ist." Da das Gesetz sich über die Bedeutung des Wortes „Empfangnahme" nicht ausspricht, so ist es erklärlich, daß über diesen nicht sehr scharfen Begriff erhebliche Meinungsverschiedenheiten in Literatur und Rechtsprechung zu Tage getreten sind. In der Hauptsache handelt es sich um die Frage, ob in der Verpflichtung zur Empfangnahme eine Pflicht zur Anerkennung als Erfüllung oder nur die Pflicht zur tatsächlichen Wegnahme des Gutes aus dem räumlichen Machtbereiche des Verkäufers zu erblicken ist, dann aber auch weiter darum, ob durch Art. 346 an und für sich schon eine klagbare Verpflichtung zur Abnahme zum Ausdruck gebracht ist.

Makower[25]), Willenbücher[26]) und teilweise Reichsoberhandelsgericht und Reichsgericht[27]) wollen unter Empfangnahme „Anerkennung als Erfüllung" verstehen. Dem steht aber eine weitere Entscheidung des Reichsgerichts gegenüber, die sich

[24]) ebenso Laurent a. a. O. S. 304, ohne indessen wie ausgeführt, eine Folgerung hieraus zu ziehen.

[25]) a. a. O. S. 348.

[26]) a. a. O. S. 348.

[27]) Entsch. d. R. O. H. G. Bd. 21 S. 259. R. G. Bd. 3 S. 89; Bd. 30 S. 117.

allerdings auf Art. 343 bezieht, der dem Verkäufer eine Aufbewahrungspflicht auch für die Zeit, in welcher der Käufer mit der Empfangnahme nicht im Verzug ist, auferlegt. Dort[28]) heißt es: Der Art. 343 hat mit der Annahme der Ware als Erfüllung überhaupt nichts zu tun, sondern mit der Empfangnahme als dem Akt, der die abgelieferte Ware vom Verkäufer entgegen nimmt, den Verkäufer von der Verpflichtung zur Aufbewahrung befreit und den Käufer nach Art. 348 H.G.B. zur Sorge um die einstweilige Aufbewahrung verpflichtet". Dies ist u. E auch die Bedeutung des Begriffs Empfangnahme in Art. 346, denn es liegt keine Veranlassung vor, dem gleichen Wort „Empfangnahme" in den Artikeln 343 und 346 verschiedenartige Bedeutung beizumessen.[29]) Auch Staub[30]) versteht unter dem Begriff Empfangnahme „das Uebernehmen der Ware durch den Käufer" aus der Verfügungsgewalt des Verkäufers in die eigene oder das tatsächliche Abnehmen der Ware am Lieferungsort.

Trotzdem der Art. 346 ausdrücklich sagt: Der Käufer ist verpflichtet, die Ware zu empfangen . . . . . ., steht ziemlich die ganze Praxis[31]) auf dem Standpunkt, daß durch Art. 346 keine klagbare Verpflichtung auf Abnahme für den Käufer begründet werde, daß vielmehr die Entscheidung dieser Frage für den einzelnen Fall sich nach dem geltenden Landesrecht richte. Das Reichsgericht stützt seine Auffassung darauf, daß Art. 346 keine Bestimmung über die Rechtsfolgen der Verletzung einer Abnahmepflicht treffe. Diese Ansicht des Reichsgerichts, insbesondere aber auch deren Begründung ist u. E. nicht zu rechtfertigen. Wie Staub[32]) zutreffend bemerkt, ist angesichts des bestimmten und klaren Wortlautes des Art. 346 nicht ersichtlich, wie man daran zweifeln könne, daß das Handelsgesetzbuch für den Handelskauf ein solches Recht gewähren wollte. „Fast erscheint es unmöglich, eine klagbare rechtliche Verpflichtung noch deutlicher zu statuieren, als es hier geschehen ist". In gleichem Sinne sprechen sich Barkhausen[33]) und Jakobi[34]) sowie die Mehrzahl der übrigen diese Frage behandelnden Schriftsteller aus. Wenn im Art. 346 keine Bestimmung über die Folgen einer Verletzung der Abnahme-

---

[28]) Entsch. d. R. G. Bd. 43 S. 46.
[29]) vgl. Jakobi a. a. O. S. 263 Anm. 2.
[30]) Kom. z. allg. d. H. G. B. 5. Aufl. Bd. 3 S. 858 ff.
[31]) O. L. G. Rostock in Seuff. Arch. Bd. 40 S. 151 ff. O. L. G. Kiel in Seuff. Arch. Bd. 40 S. 294. O. L. G. Jena in Seuff. Arch. Bd. 47 S. 151 ff.
[32]) a. a. O. S. 874 ff.
[33]) a. a. O. S. 55 ff.
[34]) a. a. O. S. 263.

pflicht getroffen ist, so bedeutet dies noch keinen Beweis für die Klaglosigkeit dieser Verpflichtung. Für die Folgen der Verletzung der Abnahmepflicht sind eben die Bestimmungen maßgebend, die teils das alte Handelsgesetzbuch selbst, teils auch die zur Zeit der Geltung dieses Gesetzes noch in Kraft gewesenen Partikulargesetze enthalten. Also nicht für die Frage nach der Abnahmepflicht selbst, sondern für die Folgen der Verletzung dieser Pflicht sind neben dem alten Handelsgesetzbuch die einzelnen Landesgesetze maßgebend.

Wenn Kohler [35]) die Ansicht vertritt, daß Art. 346 unrichtig gefaßt sei, da der Gläubiger nie zur Annahme verpflichtet sein könne, so übersieht er, daß hinsichtlich der Abnahmehandlung der Käufer nicht Gläubiger, sondern Schuldner ist. Wenn Laband das Bestehen einer klagbaren Abnahmeverpflichtung des Käufers für das Recht des alten Handelsgesetzbuchs aus denselben Gründen leugnet, die er gegen das Bestehen dieser Verpflichtung im preußischen Recht anführt, so kann auf die Seite 6 begründete Zurückweisung dieser Auffassung verwiesen werden.

Sonach steht nach dem Recht des alten Handelsgesetzbuchs dem Verkäufer ein klagbares Recht auf Abnahme der vertragsmässig beschaffenen Ware zu.

e) in den Vorarbeiten zum bürgerlichen Gesetzbuche.

Bei der Schaffung des B.G.B. konnte die Frage, ob eine derartige Abnahmepflicht Aufnahme finden sollte, nicht unberücksichtigt bleiben. Der aufblühende Handel und Verkehr, für welche die bisher auf diesen Gebieten schwankende Rechtsprechung ein Hemmnis bedeutete, erheischte gebieterisch eine Klarstellung dieser Frage. Der nicht zur Ruhe gekommene Streit um die Tragweite des Wortes „Empfangnahme" im alten H.G.B. warnte gleichzeitig vor der Wahl eines derartigen wenig klaren Ausdrucks. So wurde in den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches als § 459 Abs. II die Bestimmung aufgenommen: „Der Käufer wird durch den Kaufvertrag verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die verkaufte Sache abzunehmen." Begründet wurde diese Bestimmung in den Motiven [36]) damit, daß auf ein praktisches Bedürfnis dieser Bestimmung mit Sicherheit daraus zu schließen sei, daß die modernen Kodifikationen sich über-

---

[35]) Kohler in Ihrings Jahrbüchern Bd. 17 S. 266.
[36]) a. a. O. S. 318.

wiegend für die Verpflichtung aussprechen. Die ausdrückliche Aufnahme in das Gesetz erscheine notwendig, da beim Schweigen des Gesetzes die Abnahmepflicht als naturale negotii verneint erscheinen und die Gefahr entstehen könne, daß sie nur in den Fällen anerkannt würde, in welchen sie ausdrücklich bedungen worden sei oder als stillschweigend vereinbart sich nachweisen ließe.

Gegen die Berechtigung dieser Bestimmung wendet sich aufs schärfste Laband.[37]) Er bemängelt, daß die Motive über die Tragweite des Begriffes „Abnahme" keinen Aufschluß geben, daß insbesondere das Verhältnis der Begriffe „Abnahme" und „Annahme" ungeklärt erscheine. Auch sei nicht ersichtlich, ob der Abnahme beim Kauf dieselbe Bedeutung beizumessen sei, wie der Abnahme beim Werkvertrag. Die klagbare durch Vollstreckungsmaßregeln erzwingbare Abnahmepflicht sei in der Regel jedenfalls unhaltbar, sie könne, wie er an drei Beispielen zu zeigen versucht, sogar zu ganz ungerechtfertigten Härten führen. Es sei ausreichend, dem mit der Abnahme säumigen Käufer die Folgen des Annahmeverzuges aufzuerlegen. In Ausnahmefällen könne der Verkäufer allerdings besonderes Interesse an der Abnahme haben; dann ergebe sich aber eine Abnahmeverpflichtung aus dem Inhalt des Vertrages und nach dem Grundsatze von Treu und Glauben.[38])

In der Hauptsache gestützt auf diese Ausführungen Labands wurde in der Kommission für die zweite Lesung der Antrag eingebracht, im Abs. II die Worte „und die verkaufte Sache abzunehmen" zu streichen. Die Mehrheit jedoch lehnte diesen Antrag ab mit der zutreffenden Begründung,[39]) daß es sich um eine gerade beim Kauf überaus praktische Frage handle, die häufig zu Prozessen geführt habe und daher einer gesetzlichen Festlegung bedürfe. Es erscheine zweckmäßig, hier der Auffassung des preußischen A.L.R. und des schweizerischen Gesetzes (schw. Bds. Ges. Art. 260), die eine Abnahmepflicht des Käufers festsetzen, zu folgen, und diese Pflicht in das Gesetz als ein naturale negotii einzufügen. Die Bestimmungen über den Annahmeverzug seien nicht ausreichend. Hinterlegung und Selbsthilfeverkauf sei häufig nicht angängig, stets aber mit Mühe und Weiterungen für den Verkäufer verknüpft. Auch erwachse durch die Nichtabnahme dem Verkäufer häufig direkter Vermögensschaden. Die Abnahme im

---

[37]) a. a. O. S. 302 ff.

[38]) Die Ausführungen Labands blieben in der Literatur nicht unwidersprochen. Vgl. Sprenger a. a. O. S. 592 ff. Hackert a. a. O. S. 38 und Hirsch a. a. O. S. 289 ff.

[39]) Protokolle S. 53. 54.

§ 459 entspreche dem Begriff der tatsächlichen Wegnahme im Gegensatz zu dem juristischen Akte der „Uebergabe". Im § 572 sei das Wort Abnahme freilich in einem anderen Sinne gebraucht; die Frage indessen, ob hieraus Mißverständnisse zu befürchten seien und sich vielleicht eine redaktionelle Aenderung empfehle, könne der Red. Kommission überlassen bleiben.

Diese redaktionelle Aenderung ist jedoch nicht vorgenommen worden, sondern es ist der § 459 Abs. II des Entwurfs mit einigen sonstigen ganz unwesentlichen Aenderungen in das Gesetz übernommen worden. Wie vorauszusehen war, entstanden sogleich über die Bedeutung des Begriffes „Abnahme" Meinungsverschiedenheiten. Es wird daher im folgenden Abschnitte zunächst dieser Begriff klarzustellen sein.

§ 3. Der Begriff der „Abnahme" in den §§ 433, 448 B.G.B.

Der § 433 Abs. II bestimmt: Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer dem vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen. Weiter findet sich in § 448 die Bestimmung: Die Kosten ..... der Abnahme ..... der Sache ..... fallen dem Käufer zur Last. Daß sich letztere Bestimmung auf die in § 433 Abs. II festgelegte Abnahmepflicht des Käufers bezieht und dem Ausdruck „Abnahme" in diesen beiden Gesetzstellen notwendigerweise die gleiche Bedeutung zukommt, ist unbestritten.

Welche Bedeutung aber verbindet das B.G.B. mit dem Wort „Abnahme"? Auszuschalten ist hier sogleich der Sinn, der dem Worte in der Sprache der Handelswelt beigelegt wird. Der kaufmännische Sprachgebrauch versteht unter Abnahme häufig sämtliche Erfüllungshandlungen des Käufers mit Ausnahme der Zahlung, so besonders Handlungen, welche der Käufer vorzunehmen hat, um eine bestehende Unbestimmtheit über das jeweilige Kaufgeschäft zu beseitigen, wie Abruf und Spezifikation[1]). Es handelt sich hier, wie Staudinger[2]) mit Recht bemerkt, um eine Mitwirkungspflicht des Käufers zur Ermöglichung der Abnahme der Ware, die im konkreten Falle begründet sein kann. Als Teil der Abnahmepflicht ist aber eine derartige, selbständig klagbare Verpflichtung nicht aufzufassen, sondern als eine besondere Verpflichtung neben jener. Kommt der Käufer mit dieser Verpflichtung in Verzug, so greifen die allgemeinen Regeln über Schuldnerverzug Platz.

---

[1]) So Förtsch a. a. O. S. 17 ff.
[2]) a. a. O. § 433, IX, 2, a.

Eine Ansicht, die allerdings nicht viele Anhänger gefunden hat, indentifiziert die Bedeutung der Begriffe „Abnahme“ und „Annahme“. Diese Auffassung geht zurück auf die Erörterungen Labands[3]) zum Entwurf des B.G.B. Er vermag keinen Unterschied in den Begriffen Abnahme und Annahme zu finden. Sprenger[4]) pflichtet dem bei. Auch Hohenstein[5]) sagt: „Ist eine Abnahme- und Annahmehandlung gleich? Eine Analysierung und Zergliederung in die einzelnen physischen und psychischen Vorgänge, aus denen sie sich zusammensetzt, ergibt eine objektive und absolute Gleichheit.“ Auch Strieberger kommt in seiner Dissertation S. 16 zu dem gleichen Resultat.[6])

Um über die Auffassung dieser Schriftsteller ein Urteil gewinnen zu können, müssen wir uns zunächst über die Bedeutung klar werden, die im B.G.B. dem Begriffe Annahme beigemessen wird. Von „Annahme“ spricht das B.G.B. in den §§ 283, 293 ff, 326, 341, 363, 464, 539. In den §§ 283 und 326 ist bestimmt, unter welchen Voraussetzungen der Gläubiger die Annahme der Leistung ablehnen kann. Die §§ 393 ff behandeln den Annahmeverzug und seine Folgen. Der § 341 billigt dem Gläubiger, der die Erfüllung einer Verbindlichkeit annimmt, den Anspruch auf eine versprochene Verzugsstrafe nur zu, wenn er sich das Recht, diese zu verlangen, bei der Annahme vorbehält. In § 363 ist die Frage nach der Beweislast für den Fall geregelt, daß der Gläubiger eine ihm als Erfüllung angebotene Leistung als solche angenommen hat. Endlich behandeln die §§ 464 und 539 den Fall, daß der Käufer bezw. Mieter eine Sache in Kenntnis ihrer Mangelhaftigkeit annimmt. In allen diesen Stellen verbindet das Gesetz nach der herrschenden[7]) und durchaus zu billigenden Auffassung mit dem Ausdruck: Annahme (annehmen) einen einheitlichen Begriff, nämlich die „Annahme als Erfüllung“, d. h. die Annahme zu

---

[3]) a. a. O. S. 303 ff.

[4]) a. a. O. S. 605.

[5]) a. a. O. S. 70.

[6]) Ob auch Staub sich zu dieser Auffassung bekennt, geht aus seinen Erörterungen nicht klar hervor. In § 373 Anm. 1 a sagt er: Die Annahmepflicht und die Abnahmepflicht sind natürlich in ihrem Wesen ihrer äußeren Erscheinung nach gleich. Der Käufer genügt seiner Annahmepflicht in derselben Weise wie seiner Abnahmepflicht: Durch Uebernahme der Sache in seine Verfügungsgewalt.“ Andererseits betont er im Exkurs vor § 373 Anm. 3 a: Abnahme im Sinne des § 433 Abs. II ist lediglich der rein körperliche Akt der Hinwegnahme und dadurch verschieden von der Annahme der vom Verkäufer angebotenen Ware als einer Vertragsmäßigen.

[7]) so Endemann a. a. O. S. 794 ff, Laband a. a. O S. 310, Oertmann a. a. O. § 464 Anm. 2 Planck, Com z. B.G.B. § 464 Anm. 1 a Staudinger 5 Kom.: z. B.G.B. § 293 Anm. 1 b Staudinger Km. z. B.G.B. § 293 Anm. 1 a; R.G. Bd. 57 S. 358.

dem Zwecke und mit der Wirkung, daß hierdurch eine Lösung des Schuldverhältnisses eintreten soll. Regelmäßig wird diese Annahme mit der körperlichen Inbesitznahme der Sache einhergehen. Häufig wird sogar diese körperliche Inbesitznahme als stillschweigende Annahmeerklärung aufzufassen sein. Die Inbesitznahme ist jedoch keineswegs wie Müller[8]) nachzuweisen versucht, für die Annahme selbst wesentlich.[9]) Der Hinweis Müllers auf § 304 B.G.B., der dem Gläubiger die durch den Annahmeverzug entstandenen Mehrkosten für Aufbewahrung und Erhaltung auferlegt, ist nicht beweisend. Der § 304 trifft nur den Regelfall der mit der Annahme einhergehenden Inbesitznahme der Sache. Für die auch von Müller nicht in Abrede gestellte Möglichkeit des Annahmeverzugs durch Inbesitznahme der Sache seitens des Gläubigers, ohne daß dieser hierin eine Anerkennung als Erfüllung erblicken will, kommt § 304 nicht in Frage.

Wir verstehen demnach unter Annahme diejenige Handlung des Gläubigers, durch die er zu erkennen gibt, daß er die angebotene Leistung in Erfüllung des Schuldverhältnisses entgegennehme. Kommt der Gläubiger seiner Annahmepflicht nicht nach, so treffen ihn die Folgen der §§ 293 ff B.G.B. Eine Klage auf die eine Gläubigerhandlung darstellende Annahme gibt es nicht; der Gläubiger ist berechtigt, nicht verpflichtet.

Prüfen wir nun, ob dieser hier entwickelte Begriff der Annahme gleichbedeutend mit der „Abnahme" der §§ 433, 448 sein kann.

Schon die Tatsache, daß das Gesetz sich zweier verschiedener Ausdrücke bedient, spricht gegen die Auffassung, daß es sich hier um ein und denselben Vorgang handelt. Auch die von uns bereits oben[10]) besprochenen Kommissionsverhandlungen und Motive, die für die Auslegung einer Gesetzesstelle zwar nicht von ausschlaggebender Bedeutung sind, die aber für die Interpretation des Gesetzestextes wertvolle Fingerzeige bieten, lassen erkennen, daß der Abnahme nicht die Bedeutung der „Annahme als Erfüllung" beigemessen werden kann. Auch der geschichtliche Werdegang der Abnahmepflicht zeigt, daß unter dem Ausdruck „Abnahme" bezw. unter den früher gebrauchten, entsprechenden Ausdrücken nie eine Annahme als Erfüllung in dem oben erläuterten Sinne verstanden wird Es hieße daher dem Gesetzestexte ohne jeden erkenn-

---

[8]) a. a. O. S. 15.

[9]) so Rosenberg a. a. O. S. 258.

[10]) S. 9 ff.

baren Grund Zwang antun, wenn man die Bedeutung von Abnahme und Annahme identifizieren wollte.

Nach einer anderen Ansicht ist unter Abnahme die Wegnahme der Sache aus dem Machtbereiche des Verkäufers und Inbesitznahme derselben durch den Käufer zu verstehen. Diese Auffassung hat in Literatur und Rechtsprechung die meisten Anhänger gefunden. Sie stützen sich zumeist auf die im 53 Bande der Reichsgerichtsentscheidungen S. 162 vom Reichsgericht gegebene Definition: „Abnahme ist die rein körperliche Hinwegnahme der Kaufsache, — deren auferre —, um die tatsächliche Verfügungsgewalt zu erhalten und den Verkäufer von der Sache zu entlasten.“ Bretzfelder[11]), Oertmann[12]), Planck[13]), Schäfer[14]) und Zeden[15]) beschränken sich darauf, die Definition des Reichsgerichts zu ihrer eigenen zu machen. Düringer-Hackenburg[16]) betonen das Moment der tatsächlichen Entgegennahme der Kaufsache. Oberloskamp[17]) erklärt die Abnahme als Fort- und Zusichnahme durch den Käufer. Fischer-Heule[18]) definieren den Begriff der Abnahme als „Uebernahme der mit den gesetzlichen und vertragsmäßigen Eigenschaften versehenen, zur Ablieferung bereiten Kaufsache in die tatsächliche Verfügungsgewalt des Käufers.

Alle diese Schriftsteller erblicken das Wesen der Abnahme in zwei Momenten: Erstens in dem Fortschaffen der Sache aus dem lokalen Macht- und Verantwortungsbereiche des Verkäufers; zweitens in der Entgegennahme, der Ansichnahme der Sache durch den Käufer.

Der erste Gesichtspunkt ist zweifellos für den Begriff der Abnahme von wesentlicher Bedeutung. Dies ergibt sich aus der Natur der Abnahmepflicht, auf die im einzelnen erst später eingegangen werden kann. Die Statuierung der Abnahmepflicht sollte dem Verkäufer gerade ein Mittel in die Hand geben, um den Käufer zu zwingen, ihm die Sache „vom Halse zu schaffen“. Erst dadurch, daß die Sache beim Verkäufer körperlich hinweggenommen wird, ist dem Interesse des Verkäufers gedient. Jetzt kann er den Raum, den der Kaufgegenstand eingenommen hat, anderweitig verwerten. Auch ist er nun der Sorge um die weitere Aufbewahrung der verkauften Sache enthoben.

---

[11]) a. a. O. S. 29 ff.
[12]) a. a. O. S. 327 Bd. II.
[13]) a. a. O. S. 334.
[14]) a. a. O. S. 23.
[15]) a. a. O. S. 21.
[16]) a. a. O. S. 50.
[17]) Dissertation S. 5.
[18]) a. a. O. § 433 Anm. 11.

Es fragt sich aber, ob auch das zweite Moment — die Ansichnahme der Sache durch den Käufer — zum Wesen der Abnahme gehört. Die Antwort auf diese Frage finden wir, wenn wir uns über den Zweck klar werden, den das Gesetz mit der Abnahme der Kaufsache erreichen will. Durch diese Abnahme soll lediglich den Interessen des Verkäufers gedient werden. Hat der Verkäufer aber abgesehen von dem Interesse an der Fortschaffung der Sache aus seinem Macht- und Verantwortungsbereiche auch noch ein weitergehendes Interesse daran, daß der Käufer die fortzuschaffende Sache an sich nimmt, sie in seinem Verfügungsbereich bringt? Es mag wohl ganz vereinzelt auch ein solcher Fall denkbar sein. So kann beispielsweise demjenigen, der gezwungen ist, seinen Lieblingshund zu verkaufen, daran gelegen sein, daß der Käufer, der ihm als Tierfreund bekannt ist, den Hund an sich nimmt. Aber es wird dann beim Abschluß des Kaufvertrags meist eine besondere Abrede getroffen werden, z. B. daß das Tier nur „in gute Hände" abgegeben werden soll. Ein derartiger Fall ist also nicht beweisend für die rein nach dem Wortlaute des Gesetzes zu beurteilenden Kaufgeschäfte. In der größten Mehrzahl der Fälle wird es dem Verkäufer durchaus gleichgültig sein, in welcher Weise der Käufer ihn von der Sache körperlich entlastet. Der Gesetzgeber hätte also, wenn er unter der Verpflichtung zur Abnahme auch noch den Zwang zu dem wirklichen Ansichbringen der Sache durch den Käufer verstehen würde, eine völlig zwecklose, niemand zum Vorteile gereichende, sondern höchstens den Käufer unnötigerweise belästigende Bestimmung getroffen.

Eine ganz andere Frage ist es, ob regelmäßig der Käufer gelegentlich der Abnahme die Sache an sich bringt. Es ist sogar, wie wir zugeben, kaum ein Fall denkbar, wo sich ein derartiges Ansichbringen — und sei es auch nur für einen sehr kurzen Zeitraum — völlig ausschalten ließe. Aber es ist das lediglich etwas Tatsächliches, eine mit der Abnahme einhergehende Erscheinung, die mit der juristischen Wertung des Begriffs der Abnahme nichts zu tun hat.

Wir bekennen uns somit als Anhänger der dritten Gruppe von Schriftstellern, die unter Abnahme lediglich die rein körperliche Hinwegnahme der Sache aus dem Bereiche des Verkäufers verstehen. Diese Auffassung wird in erster Linie von Jakobi [19]) vertreten. Er betont, daß unter Abnahme nicht einbegriffen sei, daß der Käufer die Sache zu sich bringen müsse; Abnahme bedeute die Vornahme einerlei welcher Handlungen, die ge-

[19]) a. a. O. S. 273.

eignet seien, den Verkäufer von dem Besitz der Sache zu befreien, ihm die Sache vom Halse zu schaffen. Dem schließt sich auch Staudinger[20]) an, indem er sagt: Abnahme ist hier gegenständlich zu verstehen, d. h. es ist damit der tatsächliche Akt der Fortnahme des Gutes (auferre) zu verstehen, um den Verkäufer von dem Gute zu entlasten; ob der Käufer auch die tatsächliche Verfügungsgewalt über das Gut erlangt, erscheint hier prinzipiell nicht wesentlich". Die Bedeutung der Abnahme erschöpft sich mit der Befreiung des Verkäufers von dem Besitz der Sache. Nur auf den letzteren Effekt ist das entscheidende Gewicht zu legen. Dieser Effekt wird erzielt mit der tatsächlichen körperlichen Hinwegnahme der Kaufsache aus dem Machtbereiche des Verkäufers. Dies ist die Bedeutung des Begriffes „Abnahme".[21])

§ 4. Verhältnis des Begriffs „Abnahme" in den §§ 433, 448 zu verwandten Begriffen.

Daß das im allgemeinen Sprachgebrauche häufig mit Abnahme gleichbedeutend gebrauchte Wort „Annahme" von dem juristischen Begriff der Abnahme beim Kaufe scharf zu trennen ist, wurde bereits oben ausgeführt. Annahme ist die Handlung des Gläubigers, durch die er die geschuldete Leistung in Erfüllung des Schuldverhältnisses entgegen nimmt; sie ist auch ohne körperliche Hinwegnahme denkbar, so in allen den Fällen, in denen die Eigentumsübertragung ohne Uebergabe der Sache stattfindet; d. i. bei der brevi manu traditio (§ 929 Satz 2), beim constitutum possessorium (§ 930) und bei der Vindikationszession (§ 931). Andererseits gibt es auch eine Abnahme ohne gleichzeitige Annahme; so in den Fällen, in denen der Käufer die Kaufsache vom Verkäufer wegschafft, ihm aber gleichzeitig erklärt, daß er die Sache nicht als Erfüllung annehme, daß er ihm vielmehr das Gut zur Verfügung stelle.

Es ist daran festzuhalten, daß die Annahme eine Tätigkeit des Gläubigers ist. Die Abnahme beim Kauf hingegen hat mit der Entgegennahme als Erfüllung nichts zu tun. Dieses, das Wesen der Annahme ausmachende psychische Moment fehlt bei der Abnahme. Letztere muß notwendig durch körperliche Hinwegnahme geschehen und erschöpft sich auch hiermit. Sie ist eine Schuldnerpflicht, eine Tätigkeit des Schuldners.

---

[20]) a. a. O. § 433 Anm. IX. 2. a.

[21]) Ueber den Begriff der Abnahme beim Grundstückskauf. Vgl. unten S. 29 ff.

Ein mit der Abnahme sehr verwandter Begriff ist die „Ablieferung". Sie ist die der Abnahme entsprechende Handlung auf Seiten des Verkäufers. Da eine Begriffsbestimmung der Ablieferung sich weder im B.G.B. noch im alten Handelsgesetzbuche findet, so bestehen über die Bedeutung dieses Begriffs ähnliche Meinungsverschiedenheiten, wie wir solche bei dem Begriff „Abnahme" angetroffen haben. Es handelt sich im Wesentlichen um die Frage, ob der Käufer bei der Ablieferung der Kaufsache mitzuwirken hat, oder ob der Verkäufer unabhängig davon die Ablieferungshandlung vornehmen kann, m. a. W. ob die Ablieferung ein zweiseitiges oder ein einseitiges Rechtsgeschäft ist.[1]) Der in einigen Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts[2]) sowie von Crome[3]), Laband[4]) und Staub vertretenen Auffassung, daß man nur dann von Ablieferung reden könne, wenn der Käufer die Ware entgegennimmt, ist jedoch nicht beizutreten; denn dann könnte, wie Hohenstein[5]) treffend bemerkt, der Käufer durch die Verweigerung der Mitwirkung, die nur in dem Anwesendsein zu bestehen brauchte, den Effekt der Ausführungshandlung der Ablieferung, die Abnahme, und damit den Abnahmeverzug vereiteln. Richtig erscheint uns vielmehr der Standpunkt, den das Reichsgericht[6]) und teilweise auch das Reichsoberhandelsgericht[7]) einnimmt. Hier wird die Ablieferung als ein einseitiges Rechtsgeschäft gekennzeichnet und zwar als diejenige Handlung des Verkäufers, durch welche der Uebergang des physischen Vermögens, mit Ausschluß anderer über die Kaufsache zu verfügen, auf den Käufer übermittelt wird. Sie ist lediglich eine die Abnahme des Gutes ermöglichende Bereitstellung der Kaufsache, die ohne Mitwirkung des Käufers möglich ist und in dessen Abwesenheit erfolgen kann.[8])

Scharf zu trennen von dem Begriff der Ablieferung ist die „Uebergabe". Der Unterschied ergibt sich schon daraus, daß die Uebergabe unbestritten ein zweiseitiges Rechtsgeschäft

---

[1]) Seltsamerweise findet sich in den Protokollen Bd. 1 S. 702 die Ausführung, daß der Begriff der Ablieferung ein ganz bestimmter sei, der in der bisherigen Rechtsprechung eine genügend feststehende technische Bedeutung erlangt habe.

[2]) so R. O. H. G. Bd. II S. 29, 252; Bd. 7 S. 224 Bd. 11 S. 294.

[3]) a. a. O. Bd. II. S. 474.

[4]) a. a. O. S. 310.

[5]) a. a. O. S. 76.

[6]) R.G. Bd. 5. S. 28 ff; Bd. 12 S. 82.

[7]) R.O.H.G. Bd. 3 S. 392, Bd. 6 S. 165, 324 Bd. 24 S. 28.

[8]) So auch Rosenberg a. a. O. S. 258.

[9]) a. a. O. S. 310.

[10]) R.G. Bd. 5 S. 28 ff Bd. 12 S. 82.

ist, wohingegen die Ablieferung, wie wir annehmen, eine einseitige Handlung des Verkäufers ist. Die Uebergabe beim Kauf ist die Uebertragung des Besitzes der Kaufsache auf den Käufer. Hierfür ist auf Seiten des Verkäufers Besitzübertragungswille und auf Seiten des Käufers Besitzerwerbungswille erforderlich. Beim Bringkauf — Versendungskauf — tritt an die Stelle des Verkäufers „die zur Ausführung der Versendung bestimmte Person". § 447 B.G.B. Hier genügt der Verkäufer seiner Uebergabepflicht, wenn er die Kaufsache an diese Mittelsperson überliefert. Gerade dieser Fall der Erfüllung der Uebergabepflicht beim Bringkauf zeigt, wie verfehlt es ist, Abnahme und Uebergabe als einander entsprechende Begriffe zu bezeichnen, wie diese von Cosack[11]), Müller[12]) und Oberloskamp[13]) behauptet wird. Eine derartige Gegenüberstellung ließe sich vielleicht rechtfertigen, wenn der Käufer zu dem Zeitpunkte, an welchem der Verkäufer seiner Uebergabepflicht genügt hat, die Abnahme der Kaufsache vornehmen kann; dies ist aber beim Bringkauf nicht der Fall. Mit der Auslieferung der Sache an eine der in § 447 B.G.B. bezeichneten Mittelspersonen hat der Käufer noch gar nicht die Möglichkeit erlangt, die Sache abzunehmen; d. h. körperlich hinwegzunehmen. Diese Möglichkeit erlangt er erst, wenn die Tätigkeit der Mittelsperson ihr Ende erreicht hat. Dies ist aber der Augenblick, in dem der Verkäufer seiner Ablieferungspflicht genügt hat, da erst hiermit „der Uebergang des physischen Vermögens, mit Ausschluß anderer über die Kaufsache zu verfügen" auf den Käufer übermittelt ist. Es ist demnach an der oben bereits aufgestellten Behauptung festzuhalten, daß die Ablieferung die der Abnahme entsprechende Rechtshandlung auf Seiten des Verkäufers ist.[14])

Wenn beim Werkvertrag von einer Pflicht zur Abnahme gesprochen wird (§ 640 B.G.B.: „Der Besteller ist verpflichtet, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen") so ist darunter nicht, wie manche[15]) wollen, wie beim Kauf lediglich die körperliche Hinwegnahme des Werkes zu verstehen, sondern mit der herrschenden Meinung[16]) die körperliche Hin-

[11]) a. a. O. Bd. 1 S. 460.

[12]) a. a. O. S. 48.

[13]) a. a. O. S. 48.

[14]) So Hohenstein a. a. O. S. 74; Staudinger a. a. O. § 438 Anm. IX. 2. a.; desgl. a. a. O. Staub und Düringer — Hachenburg.

[15]) so Schollmeyer a. a. O. S. 55 Anm. 3.

[16]) so u. a. Fischer-Heule § 640 Anm. 1; Lehmann a. a. O. S. 495 ff Staudinger § 640, jetzt auch Dernburg 3. Aufl. S. 195 Anm. 6 unter Preisgabe der in der 1. und 2. Aufl. S. 432 vertretenen Ansicht.

wegnahme des Werkes als Erfüllungsannahme nach vorhergängiger Prüfung.[17])

§ 5. Rechtscharakter der Abnahmepflicht des Käufers.

Nachdem wir uns über den Begriff der Abnahme Klarheit verschafft haben, wirft sich die Frage auf, welche Bedeutung der in § 433 Abs. II. normierten „Pflicht" zur Abnahme beizumessen ist.

Die Rechtssprache verbindet mit den Ausdrücken Pflicht, Verpflichtung keinen einheitlichen Begriff. In erster Linie versteht man hierunter eine durch Klage und Vollstreckung erzwingbare Obliegenheit des hiermit Beschwerten. In diesem Sinne ist beispielsweise der Begriff im ersten Titel des ersten Abschnitts des Rechts der Schuldverhältnisse im B.G.B. gebraucht, der von der „Verpflichtung zur Leistung" handelt. Eine solche klageweise erzwingbare Obliegenheit ist die Pflicht des Entleihers zur Rückerstattung der geliehenen Sache, § 604 B.G.B., die Pflicht des Darlehnsempfängers zur Rückerstattung von Sachen gleicher Art, Güte und Menge, § 607 B.G.B., auch unbestritten die Pflicht des Käufers zur Zahlung des Kaufpreises. § 433 Abs. II B.G.B.

Von einer Pflicht oder Verpflichtung spricht man aber auch, wenn eine Leistung zwar nicht durch Klage erzwingbar ist, wenn aber die Unterlassung der Leistung Rechtsnachteile, das Bewirken der Leistung hingegen Vorteile mit sich bringt. Eine derartige „Pflicht" ist die Annahmepflicht des Gläubigers. Dieser kann nicht auf Annahme verklagt werden, bei Nichtannahme treffen ihn jedoch die Verzugsfolgen der §§ 293 ff B.G.B. Während das Gesetz es vermeidet, diese Verzugsfolgen als Folgen der Verletzung einer Verpflichtung zu bezeichnen, spricht man in der Literatur allgemein von einer „Annahmepflicht des Gläubigers".

Diese zwiespältige Bedeutung des Ausdrucks „Pflicht" ist die wesentlichste Veranlassung zu den Meinungsverschiedenheiten, die bei der Frage nach dem Wesen der Abnahmepflicht des Käufers hervorgetreten sind. Der Streit dreht sich darum, ob die Pflicht zur Abnahme als Pflicht zu einer Leistung aufzufassen ist, welche klageweise erzwungen werden kann.

---

[17]) So auch im Gegensatz zu den Motiven II. 490 die Mehrheitsauffassung der Kommission für die zweite Lesung des Gesetzentwurfes. Protokoll II. 314.

Den extremsten Standpunkt in negierender Richtung nehmen Kohler und Romeick ein. Kohler[1]) bestreitet das Bestehen einer klagbaren Abnahmepflicht des Käufers mit folgender Begründung: Die Abnahme sei eine Gläubigerhandlung. Es widerspreche nicht nur unserem sittlichen Gefühl, sondern dem ganzen Gefüge unseres Obligationsrecht, den Gläubiger an seinem Recht festzuhalten, ihn zwingen, Vermögen zu haben. Man müsse dem Käufer jedenfalls das Recht einräumen, auf die Leistung zu verzichten. Wenn die Abnahmepflicht mit einem Interesse des Verkäufers an der Abnahme begründet werde, so sei dies nichts als ein circulus vitiosus. Der Käufer könne ein noch größeres Interesse an der Nichtabnahme haben. Daß nun der Verkäufer mit seinem Interesse durchdringe, könne man nur rechtfertigen, wenn man eine Abnahmepflicht des Käufers statuiere, und so käme man dazu, vorauszusetzen, was man beweisen wolle. Kohler führt dann eine Reihe Beispiele an, welche die Unhaltbarkeit einer klagbaren Abnahmepflicht dartun sollen. So könne eine derartige Abnahmepflicht für einen Bewohner von Berlin, der in einer Lotterie eine Kuh gewinnt, die sich nachträglich als krank erweist, die Folge haben, daß der Gewinner mit dem „bedenklichen Ungetüm", welches er abnehmen müsse, da ja ein Interesse des bisherigen Besitzers an der Abnahme des kranken Tieres bestehe, in den Straßen Berlin umherwandeln und eine Unterkunft suchen müsse. Es könne niemand Asket werden, ehe er den verschiedenen Schuldnern ihre Artikel abgenommen habe; der Temperenzler das Fuder Wein, der bekehrte Heide seine Götzenbilder und der abgedankte Minister seine Galauniform. Nach Kohler könnte der § 433 nimmer die Bedeutung haben, dem Käufer das Recht zu nehmen, auf seinen Anspruch (unter Aufrechterhaltung der Gegenleistung) zu verzichten und auf diese Weise den Verkäufer zu befreien.[2]) Dem Verkäufer ständen die Erfüllungssurrogate zu Gebote. Zwar seien Schwierigkeiten denkbar, da nicht alle Sachen hinterlegungs- und verkaufsfähig seien. Hier läge der Fall vor, wo § 433 Abs. II zutreffe. Diese Bestimmung beziehe sich auf den Fall, daß der Käufer nicht verzichtet, aber auch nicht annimmt, daß er also den Verkäufer nicht in die Befreiungssituation bringe, die dieser von der Rechtsordnung begehren könne. „Hier muß" so fährt Kohler[3]) wörtlich fort, „nun die Rechtsordnung eingreifen: nicht daß sie den Käufer zur Abnahme zwingen kann; aber das Gericht kann feststellen, daß, wenn in bestimmter Weise mit der

---

[1]) a. a. O. S. 174 ff, 240 ff;
[2]) Kohler a. a. O. S. 178.
[3]) a. a. O. S. 178.

Ware verfahren wird, der Verkäufer befreit sein soll; m. a. W. es kann mit Rücksicht auf den individuellen Fall ein Erfüllungssurrogat, das nicht im Kreise der allgemeinen gesetzlichen Mittel liegt, als genügend erklärt werden, um den Verkäufer zu befreien." Der § 433 Abs. II enthebe den Verkäufer von dem Nachweise des Feststellungsinteresses bei dieser Feststellungsklage.

Diese Ausführung Kohlers beruhen u. E. auf einer falschen Voraussetzung. Wenn er eingangs seiner Ausführungen die Abnahme als eine Gläubigerhandlung bezeichnet, so verkennt er das Wesen des Kaufvertrags nach dem B.G.B. Der Gesetzgeber ist eben, wie sich aus den Vorarbeiten [4]) ergibt, gerade in Hinblick auf den in der Literatur herrschenden Streit über die Abnahme der Kaufsache sowie mit Rücksicht auf die Behandlung dieser Frage in den modernen Kodifikationen zur Ueberzeugung gelangt, daß es zweckmäßig ist, dem Käufer außer der Pflicht zur Zahlung des Kaufpreises — die ja unbestritten eine Schuldnerpflicht ist — als weitere Obliegenheit die Verpflichtung zur körperlichen Abnahme aufzuerlegen. Daneben besteht für den Käufer die „Gläubigerpflicht" zur Annahme des Kaufgegenstandes. Daß Annahme und Abnahme aber scharf von einander zu trennen sind, ist bereits betont worden. Mit der dem aus den Materialien ersichtlichen Gedankengang des Gesetzgebers völlig entsprechende Bestimmung des Gesetzes: „Der Käufer ist verpflichtet, die gekaufte Sache abzunehmen," wird sich auch Kohler abfinden müssen; mit dem geltenden Recht ist seine Theorie unvereinbar. [5])

In der Motivierung der Abnahmepflicht des Käufers mit einem Interesse des Verkäufers an der Abnahme können wir

---

[4]) Kohler will zwar die Heranziehung der Vorarbeiten für die Interpretation eines Gesetzes nicht gelten lassen. Er sagt a. a. O. S. 175: „Der Gesetzgeber hat nur durch das Gesetzeswort gesprochen." Das ist zweifellos richtig. Nur die Bestimmungen des Gesetzes selbst sind geltendes Recht. Aber die Materialien eines Gesetzes lassen erkennen, was der Gesetzgeber mit der Einführung bestimmter Gesetzesstellen überhaupt gewollt hat. Dieser Wille des Gesetzgeber wird, vorausgesetzt natürlich, daß er mit dem Wortlaute des in erster Linie maßgebenden Gesetzestextes überhaupt in Einklang zu bringen ist, stets als bedeutsamer Fingerzeig für die Auslegung eines Gesetzes anzusehen sein.

[5]) Hiermit findet zugleich die Ansicht Kohlers, daß der Käufer auf die Abnahme verzichten könne, ihre Erledigung; denn es kann wohl der Gläubiger auf seine Forderung, nicht aber der Schuldner auf die Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtung verzichten. Ueberdies ist aber auch, da es sich beim Kauf um obligatorische Rechtsverhältnisse handelt, wie Schäfer [6]) zutreffend bemerkt, zu einem Verzicht gemäß § 397 Willensübereinstimmung zwischen Schuldner und Gläubiger erforderlich.

[6]) a. a. O. S. 32.

auch keinen circulus vitiosus erblicken. Gewiß kann das Interesse des Käufers an der Nichtabnahme auch einmal größer sein als das Interesse des Verkäufers an der Abnahme. Eine derartige Interessenverschiebung im Einzelfall findet man aber nicht nur bei der Abnahme, sondern bei sämtlichen Verpflichtungen, die das Gesetz einem Schuldner zum Vorteile des Gläubigers auferlegt. So kann auch der den Kaufpreis schuldende Käufer höheres Interesse an der Nichtzahlung desselben haben, als der Verkäufer an der Zahlung; beispielsweise wenn der Käufer arm, der Verkäufer hingegen wohlhabend ist. Trotzdem wird es niemandem einfallen zu leugnen, daß die Pflicht des Käufers zur Zahlung des Kaufpreises völlig unabhängig von einem mehr oder weniger großen Interesse auf der einen oder anderen Seite lediglich als Gegenleistung für die Leistung des Verkäufers besteht. Eine solche Gegenleistung ist aber auch, wie sich aus der Zusammenstellung im Abs. II des § 433 ergibt, die Abnahme.

Die Beispiele die Kohler für seine Ansicht aufführt, sind auch nicht überzeugend. Das Beispiel der in der Lotterie gewonnenen Kuh trifft überhaupt nicht unseren Fall, da wir es hier mit der Abnahme beim Kaufvertrag, nicht aber mit der Abnahmepflicht beim Lotterievertrag zu tun haben. Die übrigen von Kohler angeführten Fälle sind äußerst unwahrscheinlich. So wird der Weinhändler mit Vergnügen bereit sein, den verkauften Wein zu behalten, wenn der Käufer den Kaufpreis zahlt. Sollte der Verkäufer aber doch den Käufer auf Abnahme in Anspruch nehmen, so würde, wie Rosenberg [7]) treffend ausführt, den Käufer in derartig gelagerten Fällen wohl durchweg das Chikaneverbot des § 226 B.G.B. schützen. Ist jedoch die Berechtigung des Verkäufers, die Abnahme zu fordern, im Einzelfalle nicht durch § 226 B.G.B. ausgeräumt, so könnte der Käufer, dem die persönliche Abnahme unangenehm ist, diese durch einen Stellvertreter vornehmen lassen. Ist dies jedoch im Einzelfalle nicht angängig, so wird er allerdings die Abnahme vornehmen müssen, denn: affectiones non sunt aestimandae. [8])

Was schließlich die von Kohler vorgeschlagene Lösung anlangt, so würde diese, wie Jacobi [9]) nachweist, den Interessen des Verkäufers keineswegs gerecht. Der Verkäufer müßte die Sache zu übergeben versuchen. Wenn der Käufer nun zwar annehmen, aber nicht zahlen will und infolgedessen in Annahmeverzug gerät, so behält der Verkäufer die Sache natürlich zurück. Er wird hier die Sache wohl keinesfalls dem Schuldner ins

[7]) a. a. O. S. 251.
[8]) vgl. l. 33. D. 19,2.
[9]) a. a. O. S. 269.

Haus schicken. Sollte nun, wenn dem Verkäufer hier ein Schaden entsteht, der Käufer nicht ersatzpflichtig sein?

Zu der Auffassung, daß der § 433 Abs. II nur den Zweck habe, den Verkäufer bei Anstellung der von Kohler angenommenen Feststellungsklage von dem Nachweise eines Feststellungsinteresses zu befreien, bietet die Wortfassung der Bestimmung nicht den geringsten Anhalt. Die Kohlersche Auslegung würde eine unnatürliche Umdeutung der Gesetzesstelle bedeuten.

Zu demselben Endresultat wie Kohler — Verneinung einer durch Klage erzwingbaren Abnahmepflicht — kommt Romeik [10]) ohne dabei von der Ansicht auszugehen, daß eine Abnahmepflicht überhaupt dem Gefüge unseres Obligationenrechts zuwiderlaufe. Er stellt die Behauptung auf, die Abnahme sei keine selbständige Leistung; demnach könne die Pflicht zur Abnahme auch keine Verpflichtung zu einer selbständigen Schuldnerleistung sein; es sei eben nicht schon alles das, wozu ein Teil kraft des Schuldverhältnisses verpflichtet ist, eine Leistung. Zum Beleg führt er den § 294 B.G.B. an, nach welchem der Schuldner dem Gläubiger die Leistung so, wie sie zu bewirken ist, tatsächlich anbieten müsse: Zweifellos sei das Angebot keine Leistung, sondern lediglich eine die Leistung bezweckende Ausführungshandlung; auf den Kauf angewandt, eine Handlung zwecks Ausführung der Gläubigerhandlung der Uebergabe. Ebenso sei die Abnahme nur eine Handlung, durch die der Käufer seine Gläubigerverpflichtung, die Annahme, erfülle. Es sei unstatthaft, die Abnahme aus ihrem notwendigen Zusammenhange mit der Gläubigerpflicht der Annahme herauszureißen und zu einer Leistung, also zu einer selbständigen Schuldnerverpflichtung umzuprägen; die Abnahme stelle den letzten Betätigungsakt der Annahme dar. Weiter meint Romeik, daß die Konstruktion der Abnahme als einer Leistung zu Ungerechtigkeiten führe: So träfen den Käufer, der die Empfangbarkeit der Ware bestreite und die Annahme verweigere, lediglich die Folgen des Annahmeverzugs, wohingegen der Käufer, der nur die Abnahme verzögere, die Empfangbarkeit der Leistung und die Richtigkeit des Angebots hingegen anerkenne, die weit härteren Folgen des Leistungsverzugs zu tragen habe, trotzdem das letztere als die geringere Vertragsverletzung angesehen werden müsse.

Ein Teil dieser Ausführungen Romeiks kann vielleicht fürs erste etwas bestechen. Zwar ist, wie Hohenstein [11]) zutreffend ausführt, die negative Abgrenzung des Begriffs der

---

[10]) a. a. O. S. 56 ff.
[11]) in Gruchots Beiträgen Bd. 48 S. 714.

Leistung dahin, daß unter diesem Begriffe nicht schon alles das zu verstehen ist, wozu ein Teil kraft des Schuldverhältnisses verpflichtet ist, eine alte Wahrheit. Durch diese Abgrenzung würden die Mitwirkungshandlungen des Gläubigers bei der Erfüllung eines Schuldverhältnisses, deren Unterlassung Gläubigerverzugsfolgen haben, aus dem Begriff der Leistung ausgeschieden. Wenn Romeik nun in der Abnahme eine solche Mitwirkungshandlung des Käufer-Gläubigers gelegentlich der Annahme des Kaufgegenstandes erblicken will, so trifft er vom rein äußerlichen Standpunkte aus betrachtet, für die Mehrzahl der Fälle das Richtige. Meistens wird die Handlung, durch welche der Käufer die Annahme der Ware zu erkennen gibt, die Abnahmehandlung mit umfaßen. Auch ist Romeik zuzugeben, daß das Angebot des § 294 keine selbständige Schuldnerleistung ist. Wenn er aber versucht, nach Analogie der Bedeutung des Angebots als unselbständigem Schlußakt der Leistung eine Folgerung auf das Wesen der Abnahme zu ziehen, so ist dies nicht schlüssig.

Es gibt zweifellos juristische Gesamthandlungen, innerhalb deren sich wieder eine Reihe von selbständigen Einzelvorgängen abspielen. Man denke an die Hingabe eines Darlehns auf Grund eines Darlehnsvorvertrags. In der Hingabe dieses Darlehns vereinigen sich allein für die Person der Darlehnsgebers drei an sich selbständige Rechtsvorgänge: Erfüllung der Schuldnerverpflichtung aus dem Darlehnsvorvertrag, Uebertragung des Eigentums an den zum Darlehn gegebenen vertretbaren Sachen sowie der Erwerb des Forderungsrechts gegenüber dem Darlehnsempfänger.

Ein gleiches läßt sich auch von der Rechtshandlung der Annahme des Kaufgegenstandes durch den Käufer für diejenigen Fälle sagen, in denen die Abnahmehandlung durch die Annahmehandlung gedeckt wird. Gleichzeitig mit der Erfüllung der Gläubigerverpflichtung genügt der Käufer einer Schuldnerpflicht. Die Ausführungen Romeiks lassen nicht erkennen, weshalb dieser Erfüllung einer Schuldnerverpflichtung, die das Gesetz in gleicher Reihe mit der Pflicht zur Zahlung des Kaufpreises aufführt, der Charakter einer selbständigen Leistung abzusprechen ist. Die Tatsache, daß in der Annahmehandlung häufig die Abnahmehandlung enthalten ist, vermag, wie wir gezeigt haben, allein hierfür keinen Beweis zu erbringen.

Zudem widerspricht die Ansicht Romeiks, daß die Abnahme ein Teil der Annahmehandlung sei, der Begriffsbestimmung, die wir für die Annahme einerseits und für die Abnahme andererseits gefunden haben. Wir haben festgestellt, daß die beiden äußerlich ähnlichen Handlungen ihrer juristischen

Bedeutung nach durchaus von einander verschieden sind, da unter Annahme die Entgegennahme als Erfüllung, unter Abnahme hingegen die körperliche Hinwegnahme unter Ausschaltung des der Annahme zukommenden psychischen Moments zu verstehen ist. Romeik sucht zwar dies Bedenken mit der Bemerkung abzutun, daß der Verkäufer die Abnahme nie allein, sondern lediglich als Betätigung der Annahme wolle. Man denke jedoch nur an das von uns angeführte Beispiel von der nicht abgenommenen Kohlenschlacke, oder an Verkauf von altem Plunder, überflüßigen Büchern u. dergl. Es kann dem Verkäufer mehr daran gelegen sein, die Sachen loszuwerden, als etwas dafür zu erhalten. Derartige Fälle erklären auch die vermeintlichen Ungerechtigkeiten, die Romeik aus der Behandlung der Abnahme als einer selbständig klagbaren Leistung folgert. Sie zeigen, daß der Verkäufer an der rechtzeitigen Abnahme ein ungleich höheres Interesse haben kann als an der Anerkennung der Empfangbarkeit der Ware und der Richtigkeit des Angebots. Es ist hier also durchaus nicht unbillig, wenn den Käufer bei der Verzögerung der Abnahme die Folgen des Leistungsverzugs, im letzteren Falle aber nur die weniger schweren Folgen des Annahmeverzugs treffen.

Die Unhaltbarkeit der Romeik'schen Konstruktion ergibt sich aber auch daraus, daß wie wir oben [12]) gezeigt haben, eine Annahme ohne Abnahme und auch Abnahme ohne gleichzeitige Annahme möglich ist.

Wie Romeik, so vertritt auch Lippmann [13]) die Auffaßung, daß die Abnahme keine Leistung im technischen Sinne des B.G.B. sei. Nach ihm soll Leistung nur diejenige Tätigkeit des Schuldners sein, durch die er seine Schuldnerpflicht derart erfüllt, daß damit das Schuldverhältnis zum Erlöschen kommt. Nur den Schuldner träfen somit Leistungsverpflichtungen. Beim Kauf bestehe die Leistung des Käufers lediglich in der Zahlung des Kaufpreises; der Verkäufer habe die verkaufte Sache zu leisten, daher könne der Käufer hinsichtlich dieser Leistung nicht in Leistungsverzug geraten.

Zunächst ist die Begriffsbestimmung, die Lippmann von der Leistung gibt, zu eng gefaßt; denn Leistung ist nicht nur diejenige Tätigkeit des Schuldners, die das Schuldverhältnis zum Erlöschen bringt. Auch dann ist die Tätigkeit des Schuldners eine Leistung, wenn sie geeignet oder darauf gerichtet ist, den mit der Tätigkeit bezweckten Erfolg — Tilgung des Schuldverhältnisses — herbeizuführen, ohne daß dieser tatsäch-

---

[12]) vgl. oben S. 13 und 16.
[13]) a. a. O. S. 801.

lich erreicht wird.[14]) Sodann verkennt Lippmann, daß der Uebergang der Kaufsache aus den Händen des Verkäufers in die des Käufers juristisch kein einheitlicher Vorgang ist, sondern daß diese „Leistung der Sache" eine Reihe von Handlungen bedingt, die teils vom Verkäufer, teils vom Käufer vorzunehmen sind. So treffen den Verkäufer die Obliegenheiten der Uebergabe, der Ablieferung und der Eigentumsverschaffung, während die Handlungen auf Seiten des Käufers in der Abnahme und der Annahme bestehen. Wegen der dem Verkäufer obliegenden Leistungen kann der Käufer allerdings nicht in Leistungsverzug geraten; auch nicht wegen Nichtvornahme der Annahme, denn diese ist eine Gläubigerhandlung. Aber der Käufer ist Schuldner nicht allein bezüglich der Zahlung des Kaufpreises, sondern auch hinsichtlich der Abnahme der Kaufsache, und wegen Nichterfüllung dieser Verpflichtung ist Leistungsverzug auf Seiten des Käufers möglich.

Eine eigenartige Mittelstellung in Bezug auf die Frage nach der Bedeutung der Abnahmepflicht des Käufers nimmt Jacobi[15]) ein. Mit Kohler stimmt er darin überein, daß, wie bei jeder anderen Obligation, so auch beim Kauf den Gläubiger einer Leistung keine selbständig einklagbare Pflicht zu deren Annahme treffen könne, „daß er sich die Leistung nicht aufdrängen lassen braucht, daß er auf sie verzichten kann, wenn er nur dem anderen die etwa geschuldete Gegenleistung gewährt". Er gibt aber andererseits zu, daß es falsch wäre, zu behaupten, der Käufer könne bezüglich der Hinnahme der Kaufsache überhaupt zu nichts verpflichtet sein. Es könne wohl eine Mitwirkungspflicht des Gläubigers zur Ermöglichung der Erfüllung der schuldnerischen Verpflichtungen bestehen, und eine solche Mitwirkungspflicht sei die Pflicht zur Abnahme der Kaufsache. Nur sei diese Pflicht des Gläubigers nicht eine solche, daß der Hauptschuldner ein selbständiges Recht auf Abnahme habe, sondern sie sei nur derart aufzufassen, daß der Verkäufer die Erfüllung der Abnahmepflicht zur Erleichterung, gewissermaßen als Minus seiner Schuldnerpflichten fordern könne. Ebenso wie dem Gläubiger nach § 304 Schuldnerpflichten erwüchsen, treffe ihn nach § 433 Abs. II eine solche auf Abnahme und zwar auch als Folge des Annahmeverzugs. Da diese Abnahmepflicht nicht den Inhalt haben könne, daß der Käufer verpflichtet sei, die Sache vom Verkäufer fort und zu sich zu bringen, so könne die Abnahmepflicht nur den Sinn haben, daß der Käufer dem Verkäufer die Sache zur Erfüllungszeit auf irgend eine Weise vom Halse schaffen müsse. Im Falle schuldhafter Nicht-

[14]) so auch Hohenstein in Gruchots Beitr. Bd. 48 S. 712.
[15]) a. a. O. S. 259 ff.

annahme durch den Käufer könne der Verkäufer vollen Schadenersatz fordern. Voraussetzung hierfür sei aber ein rechtliches Interesse des Verkäufers an der Fortschaffung der Sache, welches in der Mühe und Gefahr der fortdauernden Bereithaltung der Sache für den Käufer bestehe. Sei dieses Interesse nicht vorhanden, beispielsweise beim Verzicht des Käufers auf die Sache, so falle auch die Obligation des Käufers auf Abnahme fort.

Es ist an sich nichts dagegen einzuwenden, wenn Jacobi die Abnahmepflicht als eine Mitwirkungspflicht des Käufer-Gläubigers zur Ermöglichung der Erfüllung der Verpflichtungen des Verkäufers bezeichnet, weil die Handlungen des Verkäufers und des Käufers beim Uebergang der Kaufsache aus der Hand des ersteren in die des letzteren notwendig in einander greifen. Aber die Auffassung, daß die Schuldnerpflicht zur Abnahme aus der Gläubigerverpflichtung zur Annahme herzuleiten sei, ist verfehlt. Im Gesetze findet dies keine Stütze. Während in dem von Jacobi als Parallele herangezogenen § 304 ausdrücklich betont wird, daß die dort aufgeführten Verpflichtungen „im Falle des Verzugs des Gläubigers" erwachsen, ist in § 433 Abs. II in keiner Weise auch nur angedeutet, daß die Abnahmepflicht des Käufers nur als Folge seines Annahmeverzugs eintreten solle: Die Abnahmepflicht erwächst vielmehr ebenso wie die Pflicht zur Zahlung des Kaufpreises direkt aus dem Abschluß des Kaufvertrags und nicht erst bei eingetretenem Annahmeverzug.

Auch die Auffassung Jacobis, daß die Abnahmepflicht des Käufers durch das Interesse des Verkäufers an der Abnahme bedingt sei, hat in dem Gesetze keine Grundlage. Praktisch wird sich allerdings die Sache zumeist so darstellen, daß der Verkäufer den Käufer nur dann auf Abnahme in Anspruch nimmt, wenn er an der Abnahme interessiert ist. Hat der Verkäufer keinerlei Interesse an der Abnahme, und will er den Käufer lediglich aus Chikane zur Abnahme zwingen, so bleibt diesem noch der Schutz aus § 226. Nun ist zwar Jacobi darin beizupflichten, daß es nach Möglichkeit vermieden werden soll, den Stützpunkt einer Rechtsauffassung in dem Schutz des § 226 B.G.B. zu suchen, welcher nur bestimmt ist, die Billigkeit im Einzelfalle zur Geltung zu bringen. Wenn aber Jacobi[16]) weiter meint, es sei, wenn sich einzelne Anwendungsfälle des § 226 zu einer Gruppe häufen, die auf einem Grunde beruhe, Aufgabe der Theorie festzustellen, daß ein Rechtssatz vorliege, der die Billigkeit durchsetzen wolle, so ist demgegenüber zu bemerken,

[16]) a. a. O. S. 274 Anm. 2 in bewußtem Gegensatz zu den Ausführungen Rosenbergs a. a. O. S. 251.

daß für einen solchen die gesetzliche unbeschränkte Abnahmepflicht einengenden Rechtssatz ein Bedürfnis nicht besteht, denn die Fälle, in denen der auf Abnahme belangte Käufer seine Zuflucht zu § 226 nehmen muß, werden nur ganz vereinzelt auftreten; in den weitaus meisten Fällen wird der an der Abnahme nicht interessierte Verkäufer mit einem Verzicht des Käufers auf die Sache gern einverstanden sein, sofern er den Kaufpreis erhält. Von einer „Häufung" solcher Fälle, die zur Aufstellung eines allgemeinen Rechtssatzes führen könnte, wird nie die Rede sein.

Aus der kritischen Würdigung der bisher besprochenen Ansichten hat sich unsere Auffassung über die rechtliche Natur der Abnahmepflicht bereits ergeben. Sie geht mit der herrschenden Meinung [17]) dahin, daß die Abnahmepflicht des § 433 Abs. II eine selbständig klagbare und vollstreckbare, von einem Interesse des Verkäufers unabhängige Verpflichtung des Käufers ist, gerichtet auf tatsächliche Wegschaffung des Kaufgegenstandes aus dem Machtbereiche des Verkäufers. Das Reichsgericht bringt diese Auffassung in Bd. 53 S. 161 folgendermaßen zum Ausdruck: „Durch § 433 Abs. II wird eine Verpflichtung des Käufers zur Abnahme der Kaufsache begründet, auf deren Erfüllung der Verkäufer einen Anspruch hat, und die in der Regel auch durch den Verzicht des Käufers auf den Leistungsgegenstand nicht beseitigt werden kann."

Natürlich ist die Abnahmepflicht des Käufers nur naturale negotii, welche durch Parteivereinbarung ausgeschlossen oder modifiziert werden kann, ohne daß hierdurch das Geschäft seine Eigenschaft als Kaufvertrag verliert. Essentielle Bestandteile des Kaufvertrags sind lediglich auf Seiten des Verkäufers die Verpflichtung zur Uebergabe der Sache und zur Verschaffung des Eigentums an derselben, auf Seiten des Käufers die Pflicht zur Kaufpreiszahlung. [18])

---

[17]) so Crome a. a. O. S. 424; Düringer — Hachenburg a. a. O. Bd. III S. 52; Dernburg § 71 Ziffer 1; Oertmann a. a. O. S. 115 sowie R.G. Bd. 53 S. 161; Bd. 56 S. 176.

[18]) so R.G. Bd. 57 S. 110 und die herrschende Meinung: Crome a. a. O. S. 146, 424; Dernburg a. a. O. Bd. II 2, S. 35; Müller a. a. O. S. 91; Oberloskamp Dissertation S. 64; Oertmann a. a. O. § 433 Anm. 3 a *b*; Planck Kommentar § 133 Anm. 9.2 d. sowie Motive Bd. II. S. 318 und Protokolle.

§ 6. Gegenstand der Abnahmepflicht.

Der § 433 Abs. II spricht von Abnahmepflicht nur hinsichtlich der gekauften Sache. Während die herrschende Ansicht für den Kauf eines Rechts eine solche leugnet auch in dem Falle, wenn dieses zum Besitze einer Sache berechtigt, stellen manche für diesen Fall eine Abnahmepflicht nicht schlechthin in Abrede. Crome [1]) und Dernburg [2]) machen das Bestehen dieser Pflicht von den Umständen, von dem individuellen Inhalt des gekauften Rechts, von der Parteiabsicht abhängig; und Planck [3]) spricht an dieser Stelle von einer Auslegungsfrage. Unzweifelhaft kann nun, da es sich um ein Einschränkungen und Erweiterungen zulassendes naturale negotii handelt, im einzelnen Falle aus dem Inhalt des verkauften Rechts sowie aus stillschweigender oder ausdrücklicher Parteivereinbarung eine Pflicht zur Abnahme der Sache sich ergeben. Aber das hat mit der Frage, ob eine gesetzliche Abnahmepflicht besteht, nichts zu tun.

Striebinger [4]) ist u. W. der einzige, welcher für eine allgemeine analoge Anwendung des § 433 Abs. II auf den Kauf eines zum Besitze einer Sache befugenden Rechts eintritt mit der Motivierung, daß dieselben Gründe, welche sonst für die Statuierung einer Abnahmepflicht von Sachen sprächen, auch hier vorhanden seien. Diese Begründung ist nicht zu überzeugend. Auch bei anderen Verträgen, beispielsweise bei der Miete, lassen sich Gründe für die Statuierung einer Abnahmepflicht anführen. Aber derartige Zweckmäßigkeitsgründe genügen hier ebenso wenig wie bei dem Kauf eines zum Besitze einer Sache befugenden Rechts, um die analoge Anwendung einer ausdrücklich auf einen bestimmten Fall beschränkten Gesetzesbestimmung zu rechtfertigen.

Es ist also daran festzuhalten, daß die Abnahmepflicht sich nur auf den Kauf einer Sache bezieht. Bei beweglichen Sachen ist das Bestehen einer solchen Abnahmepflicht ohne weiteres verständlich. Besteht sie aber auch in Bezug auf Immobilien, und wie würde sie sich hier gestalten? In den Materialien zum Gesetz [5]) ist bei den Erörterungen über die Bestimmung des § 433 Abs. II nur an die Abnahme beweglicher Sachen gedacht. Dies ist jedoch nicht entscheidend, denn im Gesetz selbst ist die Abnahmepflicht nicht ausdrücklich auf bewegliche Sachen beschränkt. Es fragt sich aber, ob die Abnahme

---

[1]) Crome Bd. II., S. 425
[2]) Dernburg a. a. O. Bd. II, 2. S. 36.
[3]) Plank, a. a. O. § 433 Anm. 76 Abs. 6.
[4]) a. a. O. S. 34.
[5]) Vgl. Motive II S. 318 und Protokolle II S. 52–54.

eines gekauften Grundstückes überhaupt denkbar ist. Die von uns für die Abnahme gefundene Begriffsbestimmung paßt hier jedenfalls nicht, denn eine körperliche Hinwegnahme setzt eine Bewegung von einem Ort zum anderen voraus, und dies ist bei Grundstücken selbstredend ausgeschlossen.

Die Abnahmepflicht ist dem Interesse des Verkäufers zu dienen bestimmt. Welches Interesse des Verkäufers eines Grundstückes entspricht nun den Interessen, die der Verkäufer einer beweglichen Sache an der körperlichen Hinwegschaffung hat? Das Interesse des Letzteren geht dahin, daß ihm die Sache „vom Halse geschafft wird". Das diesem entsprechende Interesse beim Kauf eines Grundstücks sieht Müller[6]) darin, daß der Käufer dem Verkäufer die Aufgabe des Gewahrsams gestattet, wodurch dieser vom Besitze des Grundstückes befreit werde, und daß der Käufer weiter bei der zur Eigentumsübertragung notwendigen Auflassung und Eintragung mitwirkt. Diese beiden Punkte bezeichnet Müller als den Inhalt der Abnahmeverpflichtung des Käufers beim Grundstückskauf.

Hinsichtlich des letzten Punkts ist zuzustimmen. Wenn der Verkäufer eines Grundstückes mit diesem nichts mehr zu tun haben will, so muß ihm daran gelegen sein, daß er vom Eigentum an dem Grundstücke befreit wird; solange er Eigentümer ist, treffen ihn auch die mit dem Eigentum an dem Grundstücke verbundenen öffentlichen und privatrechtlichen Lasten, und der Verpflichtung zur Tragung dieser Lasten entgeht der Eigentümer auch nicht, wenn er gemäß § 303 B.G.B. den Besitz des Grundstücks aufgibt, denn durch diese Preisgabe des Besitzes erlischt sein Eigentum nicht. Die Mitwirkungspflicht des Käufers zur Eigentumsübertragung — insbesondere die zur Auflassung erforderliche Abgabe der dahingehenden Willenserklärung vor dem Grundbuchamt oder vor dem Notar — kann der Verkäufer im Klagewege erzwingen. Die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil geschieht gemäß § 894 C.P.O.

Hingegen gehört u. E. die Gestattung der Aufgabe des Gewahrsams nicht zum Inhalt der Abnahmepflicht des Grundstückskäufers, denn der Verkäufer bedarf einer solchen Gestattung gar nicht, um von dem Besitz der Sache befreit zu werden, da der Verkäufer im Falle des Annahmeverzugs des Käufers gemäß § 303 B.G.B. den Besitz preisgeben darf. Wenn Müller[7]) meint, daß diese Bestimmung dem Bedürfnisse des Verkäufers nicht genüge, da bei einer Verwüstung des Grund-

[6]) a. a. O. S. 85.

[7]) Müller a. a. O. S. 87 in Verb. mit S. 112, 113 mit Hinweis auf die Meinung Jacobis a. a. O. S. 267.

stückes auch im Falle des § 303 B.G.B. der Verkäufer dem Käufer verantwortlich sei, wenn er nicht den Nachweis bringt, daß Annahmeverzug vorgelegen habe, so ist dem entgegenzuhalten, daß das Bestehen einer positiven Verpflichtung des Käufers, dem Verkäufer die Aufgabe des Gewahrsams zu gestatten, die Lage des Verkäufers nicht erleichtern würde. Statt im Falle der Weigerung des Käufers, die Aufgabe des Gewahrsams zu gestatten, den umständlichen Weg der Erhebung einer Klage auf Abgabe dieser Erklärung einzuschlagen, hat der Verkäufer in der Geltendmachung der Rechte aus § 303 B.G.B. ein viel einfacheres Mittel, da ihn das gehörige Anbieten der Leistung — Herausgabe des Grundstücks — und vorherige Androhung der Aufgabe des Besitzes zur Herbeiführung des gewünschten Erfolges berechtigt. Er darf sich dann des Besitzes des Grundstückes entledigen.

Sonach besteht auch für den Käufer eines Grundstücks eine gesetzliche Abnahmepflicht und zwar mit dem Inhalt, bei der zur Eigentumsübertragung notwendigen Auflassung und Eintragung mitzuwirken.

§ 7. **Voraussetzung und Umfang der Abnahmepflicht.**

Den Käufer trifft nur dann die Pflicht zur Abnahme, wenn die Kaufsache sich in vertragsmäßigem Zustand befindet. Dies ist zwar im Gegensatz zum alten H.-G.-B. im bürgerlichen Gesetzbuche nicht ausdrücklich betont, ergibt sich aber, wie auch in den Motiven[1]) hervorgehoben ist, aus anderen allgemeinen Vorschriften. Es fragt sich nun, wann der verkauften Sache die Eigenschaft der Vertragsmäßigkeit zukommt.

Liefert der Verkäufer nicht die ganze Leistung, sondern nur einen Teil derselben, so ist die Ware nicht vertragsmäßig, denn nach § 266 B.G.B. ist der Schuldner zu Teilleistungen nicht berechtigt. Ein ganz geringfügiger quantitativer Mangel wird jedoch regelmäßig der Kaufsache den Charakter der Vertragsmäßigkeit nicht nehmen. Dies gilt auch für den Kauf von Grundstücken. Das Reichsgericht[2]) gibt dem Grundstückskäufer ein Recht zur Verweigerung der Abnahme nur dann, wenn der Käufer infolge des Mangels kein Interesse an dem Erwerb des Grundstücks hat. Für die Richtigkeit dieser Auffassung spricht die Bestimmung des § 468 B.G.B., der bei Zusicherung einer bestimmten Größe des verkauften Grundstücks Wandelung nur zuläßt, wenn der Mangel so erheblich ist, daß die Erfüllung des Vertrags für den Käufer kein Interesse mehr

[1]) a. a. O. S. 318.
[2]) R.G. Bd. 53 S. 74.

hat. Ueber die Frage, ob auch qualitative Mängel die Vertragsmäßigkeit der Ware aufheben, sind die Ansichten geteilt. Cosack [3]) und Düringer-Hachenburg [4]) schließen aus der Gewährleistungspflicht des § 459 B.G.B., daß bei jedem Qualitätsmangel der gelieferten Ware Nichterfüllung vorliege. Demgegenüber vertritt Crome [5]) den u. E. richtigen Standpunkt, daß ein solcher Mangel im Falle der Zusicherung einer bestimmten Qualität und beim arglistigen Verschweigen des Qualitätsmangels Nichterfüllung bedeute; andernfalls habe der Verkäufer erfüllt. Dem Verkäufer stehe dann das Recht der Wandelung gemäß § 459 B.G.B. zu.

Bei einem gänzlich bedeutungslosen Qualitätsmangel darf der Käufer im Hinblick auf die Regel des § 226 B.G.B. die Abnahme nicht weigern.

Die Pflicht zur Bewirkung der Abnahme setzt begrifflich voraus, daß die abzunehmende Ware tatsächlich auch vorhanden ist. Der Verkäufer muß die verkaufte Sache zur körperlichen Hinwegnahme bereitgestellt haben und in der Lage sein, dieselbe wegnehmen zu lassen. Ist eine Speziessache Gegenstand des Kaufvertrags, so kann die Bedeutung dieser Verpflichtung des Käufers nicht zweifelhaft sein. Auch beim Versendungskauf einer Gattungssache können hierbei keine Zweifel entstehen, da der Verkäufer hier zu dem Zeitpunkte, in welchem der Käufer in die Lage kommt, abzunehmen, die zur Erfüllung des Kaufvertrags dienenden Stücke bereits ausgewählt und übersandt haben muß. Hat der Käufer die Gattungssache aber abzuholen, so kann zweifelhaft sein, ob der Verkäufer die Sache aus der Gattung ausgeschieden haben muß. Müller [6]), Schütze [7]) und Staub [8]) vertreten den Standpunkt, daß eine Ausscheidung der abzunehmenden Gattungssache nicht erforderlich sei, daß es vielmehr genüge, wenn von der Gattung eine hinreichende Menge vorhanden sei, aus welcher der Verkäufer ohne besondere Vorkehrungen jederzeit die Ausscheidung vornehmen könne. Die Ausführungen, welche das Reichsgericht [9]) zu dieser Frage macht, lassen nicht erkennen, ob hier als Voraussetzung der Abnahmepflicht beim Gattungskauf Aussonderung der Ware gefordert wird. Das Reichsgericht sagt: „Eine Leistungsklage auf Erfüllung der Abnahmepflicht ist auch beim Gattungskauf

---

[3]) Cosack a. a. O. S. 440 ff.
[4]) Düringer-Hachenburg a. a. O. S. 81 ff.
[5]) Crome a. a. O. S. 444.
[6]) Müller a. a. O. S. 95.
[7]) Schütze a. a. O. S. 30 ff.
[8]) Staub a. a. O. Exurs vor § 373, Anm. 68.
[9]) R.G. Bd. 56 S. 177.

solange überhaupt nicht begründet, als sie nicht auf Ablieferung bereits vorhandener, zur Ablieferung bereiter Ware gerichtet ist". Hieraus scheint hervorzugehen, daß auch das Reichsgericht sich damit benügt, das bloße Vorhandensein genügender, zur Ablieferung bereiter Mengen der Gattungssache zu fordern. Diese Auffaßung wird jedoch u. E. dem Wesen der Abnahmepflicht nicht vollkommen gerecht. Wir haben weiter oben zwar ausgeführt, daß die Abnahmepflicht den Interessen des Verkäufers dienen soll. Es muß aber darauf Bedacht genommen werden, daß die an sich schon ungünstigere Rechtslage des Käufers nicht grundlos noch weiter erschwert wird. Der Verkäufer, welcher die Abnahme fordert, muß jederzeit bereit sein, die Ablieferung der Kaufsache zu bewirken. Eine solche Bereitschaft des Verkäufers liegt aber nicht vor, wenn er auf Abnahme einer noch nicht ausgeschiedenen Gattungssache klagt. Hier muß der Verkäufer, um dem Käufer die Abnahme zu ermöglichen, erst noch eine weitere Tätigkeit — abwägen, abmessen, abzählen — entfalten. Es erscheint uns aber eine unbegründete Härte gegen den Käufer, von diesem die Erfüllung seiner Abnahmepflicht zu einem Zeitpunkte zu verlangen, in dem der Verkäufer noch gar nicht in der Lage ist, auch seinerseits den ihm obliegenden Verpflichtungen sofort zu genügen.

Der Erfüllungsort für die Abnahmepflicht richtet sich nach den Vorschriften des § 269 B.G.B. Da die Abnahme aber nur dort erfolgen kann, wo der Verkäufer die Ware abzuliefern hat, so können die Bestimmungen dieses Paragraphen über den subsidiären gesetzlichen Erfüllungsort — Wohnsitz bezw. gewerbliche Niederlassung des Käufer-Schuldners — als Erfüllungsort für die Abnahme nicht in Betracht kommen.[10]) Ist ein Ort, an dem die Abnahme vorgenommen werden soll, vereinbart, so bestimmt sich der Erfüllungsort nach diesem Uebereinkommen. Ist eine solche Vereinbarung nicht getroffen, so ist der Erfüllungsort bei den einzelnen Arten des Kaufs verschieden. Beim Versendungskauf hat die Abnahme am Bestimmungsort zu erfolgen. Hat der Käufer die Ware beim Verkäufer abzuholen, so ist als Erfüllungsort der Wohnsitz bezw. die gewerbliche Niederlassung des Verkäufers anzusehen. Betont sei noch, daß der Erfüllungsort sich nicht dadurch ändert,

---

[10]) a. A. Makower Vorbemerkung zu §§ 375, 376 Anm. 10, a. 2; außerdem auch Crome Bd. 2 S. 1164 zu Note 32; Planck a. a. O. § 433, Anmerkung 8, a, *b* und Staudinger a. a. O. § 433 Anmerkung IX. 2, g; letzterer jedoch nur in Bezug auf Gattungssachen mit der Begründung, daß mit Rücksicht auf die hier vorherrschende individuelle Unbestimmtheit der Kaufsache aus der Natur des Schuldverhältnisses kein anderer Erfüllungsort, als der Wohnort bzw. die gewerbliche Niederlassung des Schuldners zu entnehmen sei.

daß der Käufer die Abnahme verweigert oder verzögert, oder dadurch das er die Ware zurückgehen läßt. Der Erfüllungsort ist auch gemäß § 29 C.P.O. der Gerichtsstand der Klage auf Abnahme. Wird jedoch mit der Klage gleichzeitig Zahlung des Kaufpreises und Abnahme begehrt, so ist mit Rücksicht darauf, daß der Abnahmepflicht im Vergleich zu der Verpflichtung zur Kaufpreiszahlung regelmäßig eine nur nebensächliche Bedeutung zukommt, der Gerichtsstand der Zahlungspflicht auch für die Abnahme maßgebend.[11])

Auch der Zeitpunkt der Erfüllung der Abnahmepflicht richtet sich gemäß § 271 B.G.B. in erster Linie nach der Parteivereinbarung. Ist keine solche Vereinbarung getroffen, so bestimmt sich der Zeitpunkt der Abnahme nach den besonderen Umständen des Einzelfalls. Liefern diese beide Gesichtspunkte keinen Anhalt, so ist die Abnahmepflicht sofort zu erfüllen. Dies bedeutet nicht etwa, daß die Abnahme im Augenblicke des Abschlusses des Kaufvertrags vorzunehmen ist. Die Eigenschaft der Abnahme als Fortsetzung der Ablieferungshandlung des Verkäufers bedingt vielmehr, daß der Verkäufer die Abnahme erst verlangen kann, wenn er selbst bereit und in der Lage ist, seiner Verpflichtung zur Ablieferung der Kaufsache nachzukommen. Sind für das Kaufgeschäft Ratenlieferungen vereinbart, so richtet sich der Zeitpunkt der Fälligkeit der Abnahme nach der Ablieferungsbereitschaft des Verkäufers hinsichtlich der einzelnen Raten. Hat der Käufer „auf Abruf" gekauft, so ist hierdurch der Zeitpunkt der Abnahme doch nicht völlig in das Belieben des Käufers gestellt, vielmehr entscheidet hier der Gesichtspunkt eines verständigen und rechtlichen Mannes bezw. Kaufmanns.[12]) [13])

Die Kosten der Abnahme hat nach § 448 B.G.B. der Käufer zu tragen, sofern nichts Gegenteiliges vereinbart ist.

Kommt der Käufer seiner Abnahmepflicht nicht nach, so kann ihn der Verkäufer im Klagewege hierzu anhalten. Diese Klage ist, wie aus unserer Stellungnahme zu den verschiedenen Ansichten über den Rechtscharakter der Abnahmepflicht hervorgeht, keine Feststellungsklage sondern eine Leistungsklage.

---

[11]) so R.G. Bd. 56. S. 138 ff; Staub Exurs vor § 373 Anm. 74; Vgl. auch die dort angeführten Entscheidungen.

[12]) so Düringer-Hachenburg Bd. III S. 51; Staub im Exurs vor § 373 Anm. 45

[13]) Standen die Parteien bereits in Geschäftsverbindung, so bedeutet die Abrede des Kaufs auf Abruf, daß der Käufer „innerhalb einer den Gepflogenheiten der bisherigen Geschäftsverbindung entsprechenden Frist" abzunehmen habe. So O. L. G. Naumburg in Rspr. d. O. L. G. Bd. 10 S. 166 Recht 14 Nro 1331.

Der Wert des Streitgegenstandes bei einem solchen Rechtsstreite wird gemäß § 3 C.P.O. durch das Gericht nach freiem Ermessen festgesetzt.[14]) Der § 6 C.P.O., der den Streitwert nach dem Werte der Sache bemißt, wenn deren Besitz streitig ist, kommt für die Bestimmung des Streitwerts bei einer Klage auf Abnahme nicht in Betracht, da dieser § 6 voraussetzt, daß beide Parteien den Besitz erlangen bezw. behalten wollen.

Da die Abnahme regelmäßig eine vertretbare Handlung ist, richtet sich die Vollstreckung des Urteils nach den Vorschriften des § 887 C.P.O. Auf seinen Antrag hin ist danach der Gläubiger vom Prozeßgericht erster Instanz zu ermächtigen, auf Kosten des Schuldners die Abnahme vornehmen zu lassen oder die Abnahme selbst vorzunehmen.[15]) Bei Ausübung des dem Verkäufer nach § 887 C.P.O. gewährten Rechts muß dieser sich jedoch innerhalb des Rahmens der Handlungen halten, zu deren Vornahme der Käufer selbst durch die Statuierung der Abnahmepflicht gehalten ist. So darf er nicht, wie Kohler[16]) Oberloskamp[17]) und Schäfer[18]) annehmen, dem Käufer die Sache kurzerhand ins Haus schicken, denn die Verpflichtung des Käufers zur Abnahme umfaßt, wie wir ausgeführt haben, keineswegs auch die Pflicht zur Ansichnahme des Kaufgegenstandes[19])

§ 8. Der Abnahmeverzug. Seine Voraussetzungen und seine Verschiedenheit vom Annahmeverzug.

Die Abnahme ist eine Leistung, zu deren Vornahme der Käufer als Schuldner aus einem synallagmatischen Vertrage verpflichtet ist. Bei Verletzung dieser Schuldnerpflicht gerät der Käufer in Leistungsverzug, sofern dessen allgemeine Voraussetzungen: Fälligkeit der Abnahme, Erfüllungsbereitschaft des Verkäufers, Mahnung, Nichabnahme infolge eines vom Käufer zu vertretenden Umstandes, vorliegen. Die beiden ersten Voraussetzungen stehen, wie wir gesehen haben, in engem Zusammenhang. Der Gläubiger kann die Abnahme erst dann verlangen, d. h. sie ist erst dann fällig, wenn der Verkäufer seiner-

[14]) R.G. Bd. 57 S. 400 ff; ebenso Staub Exurs vor § 373 Anm. 74 und Staudinger § 433 IX, 2, f.

[15]) Vgl. R.G. Bd. 18. S. 435.

[16]) a. a. O. Bd. 13. S. 241.

[17]) a. a. O. S. 72.

[18]) a. a. O. S. 51.

[19]) Ueber die Zwangsvollstreckung bei der Abnahme von Immobilien vgl. S. 30 d. Abh.

seits die Kaufsache überliefern will und kann. Seine Erfüllungsbereitschaft muß der Verkäufer dem Käufer auch zu verstehen geben, d. h. er muß ihm die Ablieferung anbieten. Ausdrücklich erwähnt ist das Erfordernis des Angebots allerdings nur bei den Bestimmungen über den Gläubigerverzug, § 294 B.G.B. Da aber der Käufer die Abnahme nicht vornehmen kann, wenn nicht der Verkäufer durch die Ablieferung der Kaufsache ihm dies ermöglicht, so muß man in analoger Anwendung des § 294 auf den Abnahmeverzug des Käufers fordern, daß der Verkäufer in Form des Angebots dem Käufer zu verstehen gibt, daß er seiner Ablieferungspflicht genügen wolle, daß mithin von seiner Seite aus einer Abnahme des Kaufgegenstandes durch den Käufer nichts im Wege stehe. Regelmäßig hat der Verkäufer dieses Angebot realiter vorzunehmen, indem er die Sache dem Käufer zur Abnahme körperlich anbietet. Erklärt dieser jedoch ernstlich, er werde nicht abnehmen, oder muß er durch Spezifikation, Abruf oder Abholung der Ware den Abnahmeakt selbst erst einleiten, so steht einer Anwendung des § 295 B.G.B., der für diese Fälle lediglich ein Verbalangebot erfordert, auf den Abnahmeverzug nichts im Wege. Ist für die Vornahme dieser Handlungen ein Zeitpunkt kalendermäßig bestimmt, so erübrigt sich in Anwendung des § 296 B.G.B. selbst ein Verbalangebot.

Was die Mahnung, die nach Eintritt der Fälligkeit an den Käufer ergehende Aufforderung, die gekaufte Sachen abzunehmen, betrifft, so kommt diese dem soeben berührten Angebot sehr nahe, ist jedoch nicht mit diesem zu verwechseln. Müller[1]) sieht sowohl das tatsächliche Angebot (§ 294) als auch das wörtliche Angebot (§ 295) des Kaufgegenstandes gleichzeitig als eine Mahnung zur Abnahme desselben an. Dies dürfte aber in der Mehrzahl der Fälle gar nicht in der Absicht des anbietenden Verkäufers liegen. Das Angebot der Ware durch den Verkäufer geschieht in Erfüllung seiner Schuldnerpflicht zur Uebergabe und Ablieferung derselben. Will der Käufer aber nicht abnehmen, so wird der Verkäufer meistens kein Interesse haben, den Käufer durch Mahnung in Abnahmeverzug zu setzen, da er, wenn der Kaufpreis bezahlt ist, gewöhnlich die Kaufsache gern behalten wird. Will der Verkäufer aber zu verstehen geben, daß er die Abnahme der Sache durch den Käufer verlangt, so muß er diesen ausdrücklich auffordern, seiner Abnahmepflicht nachzukommen. In dem bloßen Angebot ist daher nicht eine stillschweigende Mahnung zur Abnahme des Kaufgegenstandes zu erblicken.

---

[1]) a. a. O. S. 112.

Zur Herbeiführung des Abnahmeverzugs bedarf es der Mahnung nicht, wenn die Leistungszeit kalendermäßig bestimmt oder von einem etwa festgesetzten Termine ab kalendermäßig bestimmbar ist. Nach herrschender Meinung [2]) erübrigt sich zur Herbeiführung des Schuldnerverzugs im allgemeinen, also auch des Abnahmeverzugs die Mahnung auch dann, wenn der Schuldner sich ernstlich geweigert hat, zu leisten.

Der Käufer kommt jedoch beim Vorliegen der übrigen Voraussetzungen nur dann in Abnahmeverzug, wenn die Abnahme infolge eines von ihm zu vertretenden Umstandes unterbleibt. (§ 285 B.G.B.) [3]). Verfehlt erscheint die von Lippmann [4]) und Romeik [5]) vertretene Auffassung, daß der Käufer für die Nichtabnahme so lange einzustehen hat, als die Abnahme für irgend einen Menschen möglich ist. Werden dem Käufer kurz vor der Abnahme durch Zufall oder höhere Gewalt die zur Abnahme notwendigen Transportmittel oder Lagerräume vernichtet, so ist der Eintritt des Verzugs für einen Zeitraum gehemmt, den der Käufer-Schuldner benötigt, um unverzüglich anderweitigen Ersatz zu schaffen. [6])

In dem Erfordernis der Vertretbarkeit der Nichtabnahme liegt der Hauptunterschied des Abnahmeverzugs vom Annahmeverzug, denn letzterer tritt ohne Rücksicht darauf ein, ob der Gläubiger die Nichtabnahme zu vertreten hat. Auf Grund dieses Unterschieds wird von manchen [7]) angenommen, daß der Abnahmeverzug nichts anderes als solcher Annahmeverzug sei, den der Käufer zu vertreten habe. So sagt Staub: „Abnahmeverzug ist schuldhafter Annahmeverzug". Die Unhaltbarkeit dieser allgemeinen Behauptung ergibt sich schon daraus, daß zu den Voraussetzungen des Abnahmeverzugs abgesehen von dem „Verschulden" des Käufers ein weiteres Erfordernis gehört, welches zur Herbeiführung des Annahmeverzugs nicht nötig ist, nämlich die Mahnung [8]). Ist der Käufer

---

[2]) so Düringer Hachenburg Bd. II. S. 121. Makower Vorbem. zu §§ 375, 376, c. 1—3; Romeik a. a. O. S. 110 Staub Exurs zu § 377 Anm. 16; R.O.H.G. Bd. 7 S. 338; R.G. Bd. 7 S. 44; Bd. 54 S. 359; Bd. 57 S. 113 sowie in Jur. Woch. Schr. 1902 S. 28 ff.

[3]) Es ist ungenau, hier von „verschuldeter" Nichtabnahme zu sprechen. Dieser Begriff ist zu eng gefaßt, denn zuweilen (§ 278 B.G.B.) geht die Vertretungspflicht des Schuldners über sein eigenes Verschulden hinaus.

[4]) a. a. O. S. 801.

[5]) a. a. O. S. 63.

[6]) So R.O.H.G. Bd. 10 S. 293, Nr. 65;

[7]) Staub 6. und 7. Aufl. § 375 Anm. 2; Jacobi a. a. O. S. 283; Hohenstein a. a. O. S. 79; Oberloskamp a. a. O. S. 55; Zeeden a. a. O. S. 30;

[8]) daß die Mahnung nicht mit dem Angebot beim Gläubigerverzug identisch ist, wurde S. 36 gezeigt.

also in Annahmeverzug geraten, so kommt er, selbst wenn die Nichtannahme auf einem Umstande beruht, den er zu vertreten hat, doch nicht in Abnahmeverzug, wenn der Verkäufer es unterlassen hat, ihn an die Abnahme zu mahnen. Dann aber ist die Konstruktion des Abnahmeverzugs als eines „plus des Annahmeverzugs“ [9]) auch deshalb unzulässig, weil Annahme und Abnahme, wenn sie auch tatsächlich häufig durch die gleiche Handlung zum Ausdruck gelangen, begrifflich nichts mit einander zu tun haben.

Einerseits gibt es Fälle des Abnahmeverzugs ohne Annahmeverzug. Rosenberg [10]) führt dafür folgendes Beispiel an [11]): „Wenn der Käufer erklärt, er billige die Ware als vertragsmäßige und erkenne an, daß der Verkäufer befreit, das Schuldverhältnis beendigt sei, indem er vielleicht gleichzeitig auf die Ware verzichtet, er sich aber weigert, die Ware abzunehmen, so ist der Zweck des Angebots als Voraussetzung des Annahmeverzugs, nämlich das Schuldverhältnis zum Erlöschen zu bringen, erreicht. Der Verkäufer kann daher in diesem Falle nur seine Rechte aus dem Abnahmeverzuge, nicht aber die aus dem Annahmeverzuge geltend machen.“ Dieses Beispiel tut u. E. überzeugend dar, daß der Abnahmeverzug den Annahmeverzug nicht zur Voraussetzung hat. Die Beweisführung Rosenbergs ist jedoch nicht ohne Widerspruch geblieben. Wenn manche [12]) das Beispiel Rosenbergs deshalb für unzutreffend halten, weil der Käufer wohl auf die Rechtsverschaffungshandlung des Verkäufers verzichten könne, nicht aber auf die Uebergabe, deren Entgegennahme auch ein essentieller Bestandteil der Annahmepflicht sei, so findet diese Auffassung in der von uns S. 16 d. Abh. gezeigten Möglichkeit einer Annahme ohne körperliche Hinwegnahme ihre Erledigung. Müller [13]), der hinsichtlich der

[9]) Hackert a. a. O. S. 49.

[10]) a. a. O. S. 260.

[11]) Rosenthal a. a. O. S. 21 führt zum Beweise der Behauptung, daß Abnahmeverzug ohne Annahmeverzug möglich sei, folgenden Fall an: A. verkauft dem B. ein Buch. B. nimmt es, steckt es in seine Tasche und bezahlt den Kaufpreis. Im Laufe des Gesprächs wird ihm der Handel leid; er legt das Buch auf den Tisch und weigert sich, es mitzunehmen. Dieses Beispiel ist jedoch nicht verwendbar; denn als B das Buch bezahlt und in die Tasche gesteckt hatte, war der Kauf vollständig erfüllt. Der Käufer hatte bereits das Buch abgenommen. Legt er das Buch später wieder auf den Tisch, so kann er nicht nachträglich aus dem Kaufgeschäft in Abnahmeverzug geraten, da die Abnahmehandlung bereits beendet war. Wenn dem Käufer der Handel leid wird, und er das Buch zurückgibt, so ist darin vielleicht ein Antrag auf Rückgängigmachung des ganzen Kaufes zu erblicken.

[12]) So Hohenstein S. 79, Zeeden S. 30, Lehmann S. 493;

[13]) a. a. O. S. 114.

Möglichkeit des Abnahmeverzugs ohne Annahmeverzug unsere Auffassung teilt, hält in obigem Beispiel auch Annahmeverzug für vorliegend. Er sieht in der Anerkennung der Ware als vertragsmäßiger einen Verzicht des Käufers auf seine Vertragsrechte, der rechtlich nichts anderes bedeuten könne, als einen Erlaß der Pflichten des Verkäufers. Ein das Schuldverhältnis tilgender Erlaß müsse aber ein Vertrag sein, daher müsse die Verzichtserklärung des Käufers, um wirksam zu werden, durch den Verkäufer angenommen werden. Es ist aber für die hier zum Beweise stehende Frage unwesentlich, ob ein einseitiger Verzicht des Käufers auf seine Vertragsrechte, mit denen Müller wohl in erster Linie die Gewährleistungsansprüche meint, gültig ist oder nicht: Die Annahme in Form der Anerkennung der Ware als Erfüllung hat der Käufer hier jedenfalls tatsächlich vorgenommen und nicht etwa auf sie verzichtet.

Andererseits sind auch Fälle des Annahmeverzugs ohne gleichzeitigen Abnahmeverzugs denkbar [14]). Weigert sich z. B. der Käufer, der die Kaufsache vom Verkäufer körperlich weggeschafft hat, diese als Erfüllung anzunehmen, so hat er zwar seiner Abnahmepflicht genügt, mit der Annahme ist er jedoch in Verzug geraten. In der überwiegenden Mehrzahl der im täglichen Leben vorkommenden Fälle wird sich der Käufer, der in Abnahmeverzug geraten ist, gleichzeitig auch in Annahmeverzug befinden. Dies Zusammentreffen zweier tatsächlich häufig zusammenfallender Verzugsfälle bot in der Literatur Veranlassung zur Erörterung der Frage nach der Möglichkeit einer Konfusion. Voraussetzung einer solchen ist jedoch Vereinigung von Gläubigerrecht und Schuldnerpflicht bezüglich derselben Leistung in einer Person, Annahme und Abnahme sind aber zwei wesensverschiedene Handlungen mit divergierenden Gläubiger- und Schuldnerrollen.

Annahmeverzug und Abnahmeverzug bestehen selbständig neben einander. Die von Warschauer [15]) aufgestellte Behauptung, daß die Rechte des Annahmeverzugs durch das gleichzeitige Bestehen des Abnahmeverzugs konsumiert werden, ist nicht haltbar. Auch die von Hohenstein [16]) mit Rücksicht auf die Gefahr einer Konfusion vertretene Auffassung, daß hier eine alternative Konkurrenz bestehe derart, daß es dem Verkäufer frei stehe, den Käufer als Gläubiger oder Schuldner zu betrachten, verliert ihre Grundlage durch die Erwägung, daß

---

[14]) a. A. Düringer-Hachenburg Bd. II S. 134, die in dem Annahmeverzug beim Kaufvertrage stets Erfüllungsverzug erblicken.

[15]) Warschauer a. a. O. S. 20.

[16]) a. a. O. S. 71; im Ergebnis hiermit übereinstimmend auch Fleck a. a. O. S. 258 ff.

das bloße Zusammentreffen von Annahme- und Abnahmeverzug für eine Konfusion solange keinen Raum bietet, als die Personen des Käufers und Verkäufers nicht konfundieren. Die Rechte aus dem Annahme- und Abnahmeverzug stehen vielmehr in kumulativer Konkurrenz, sodaß der Verkäufer nach seinem Belieben die einen oder die anderen geltend machen kann.[17])

§ 9. Die Folgen des Abnahmeverzugs; insbesondere die Frage nach der Anwendbarkeit des § 326 B.G.B.

Die allgemeinen Leistungsverzugsfolgen sind in den §§ 286 ff B.G.B. enthalten. Für unsere spezielle Frage kommen jedoch nur die §§ 286 und 287 in Betracht. Es könnte fraglich erscheinen, ob diese Bestimmungen, die von der Leistung des Schuldners handeln, auf den Abnahmeverzug vielleicht deshalb nicht anwendbar seien, weil beim Kauf die Leistung des Käufers in Kaufpreiszahlung und Abnahme besteht. Es ist jedoch unbedenklich, diese Verzugsfolgen auch dann Anwendung finden zu lassen, wenn der Verzug nur einen Teil einer Gesamtleistung umfaßt.

Was nun insbesondere den Abnahmeverzug anlangt, so finden § 286 Abs. I., der den Schuldner im Falle des Verzugs zum Schadensersatz verpflichtet, sowie § 287 Satz I, demzufolge der Schuldner während des Verzugs jede Fahrlässigkeit zu vertreten hat, unzweifelhaft Anwendung. Bestritten ist jedoch die Anwendbarkeit des § 286 Abs. II, der dem Gläubiger das Recht gibt, unter Ablehnung der Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, wenn die Leistung infolge des Verzugs kein Interesse mehr für ihn hat. Müller[1]) verneint die Anwendbarkeit deshalb, weil der Schadensersatz aus Abs. II zu keinem anderen Ergebnis führe, als der Schadensersatz aus § 286 Abs. I, denn der Verkäufer dürfe so lange er ein Interesse an der Abnahme habe, diese nicht ablehnen; wenn er aber wegen fehlenden Interesses ablehnen dürfe, so sei der nach Abs. II zu ersetzende Schaden eben der gesamte bisher entstandene Schaden, dessen Ersatz der Verkäufer aber auch nach Abs. I beanspruchen könne. Dies ist jedoch unzutreffend. Allerdings kann der Verkäufer, so lange er Interesse an der Abnahme hat, diese nicht ablehnen. Nimmt der Käufer aber, nachdem dem Verkäufer bereits ein Schaden entstanden ist, die Abnahme vor, so hat der Käufer nach Abs. I nur den bis zur Abnahme

---

[17]) so Cosack § 130 VI. 3; Crome § 215 Ziffer 4; Neumann a. a. O. S. 38; auch Urteil des O.L.G. Frankfurt vom 8. April 1903 abgedruckt im Recht Bd. VII. S. 263.

[1]) a. a. O. S. 116; auch Striebinger a. a. O. S. 68 ff.

entstandenen Schaden zu ersetzen. Unterbleibt die Abnahme jedoch bis zu einem Zeitpunkte, in dem der Verkäufer kein Interesse an der Abnahme mehr hat, so umfaßt der jetzt gemäß Abs. II erfallene Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung nicht allein den dem Verkäufer unmittelbar durch die bloße Nichterfüllung erwachsenen Schaden, sondern den durch den Ausfall des ganzen Kaufgeschäfts entstandenen Schaden, denn — und dies übersieht Müller — nach Abs. II Satz 2 finden für diesen Fall die Rücktrittsbestimmungen der §§ 346—356 Anwendung. Nach § 346 haben sich danach die Parteien einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren. Es bestehen also für den § 286 Abs. II mit Bezug auf den Abnahmeverzug Anwendungsmöglichkeiten, die sich keineswegs mit denen des § 286 Abs. I decken.

Der § 287 Satz 2, der dem Schuldner auch die Verantwortung für die während des Verzugs durch Zufall eintretende Unmöglichkeit der Leistung auferlegt, dürfte hingegen auf den Abnahmeverzug keine Anwendung finden; denn die nach dem Sprachgebrauche des B.G.B. hier gemeinte objektive Unmöglichkeit der Leistung wird bei der Abnahme mit der Unmöglichkeit der Leistung des Verkäufers zusammenfallen. Hier kommen die Vorschriften über die Unmöglichkeit dieser Leistung zur Anwendung. [2])

Auf den Kauf als gegenseitigen Vertrag, finden abgesehen von den besprochenen allgemeinen Bestimmungen über den Leistungsverzug auch die Bestimmungen über den Leistungsverzug bei gegenseitigen Verträgen, insbesondere der § 326 B.G.B. Anwendung.

Eine äußerst bestrittene Frage ist es jedoch, ob allein der Abnahmeverzug ohne gleichzeitigen Zahlungsverzug die Anwendung des § 326 B.G.B. rechtfertigt.

Die praktische Bedeutung dieser Frage besteht darin, daß der Verkäufer, falls ihm § 326 zur Seite steht, eine erheblich bessere Stellung einnimmt, als ihm durch Geltendmachung der in § 286 vorgesehenen Rechte gewährt wird. Während er nämlich nach § 286 die Leistung nur dann ablehnen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann, wenn er nachweist, das die Leistung kein Interesse mehr für ihn hat, gewährt ihm § 326 ein von dem Nachweise eines fehlenden Interesses unabhängiges Wahlrecht zwischen Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt, welches lediglich eine fruchtlose Fristsetzung zur Voraussetzung hat.

Bei der Erörterung der in Rede stehenden Frage sind in der Hauptsache drei verschiedene Ansichten hervorgetreten.

---

[2]) So auch R.G. Bd. 57 S. 406.

Rundweg geleugnet wird die Anwendbarkeit des § 326 auf den Abnahmeverzug von Kohler[3]), Lippmann[4]) und Romeik[5]) in konsequenter Durchführung ihrer Ansicht, daß die Abnahme keine Leistung sei, einer Auffassung, die wir als unrichtig nachgewiesen haben.

Eine Reihe von Schriftstellern[6]) sowie ein Teil der Rechtsprechung[7]) treten für die ausnahmslose Anwendbarkeit des § 326 beim Vorliegen des Abnahmeverzugs ein. Besonders ausführlich begründet und von Theorie und Praxis[8]) eingehend gewertet sind die Ausführungen bei Düringer-Hachenburg. Sie gehen dahin, daß im § 433 die für den Kaufvertrag wesentlichen Verpflichtungen hervorgehoben seien. Wenn also die Verpflichtung zur Abnahme vertraglich ausgeschaltet sei, so habe der Vertrag keinen Kaufcharakter mehr, da der Umsatz gegen Geld sich nicht mehr nach den Regeln des § 433 vollziehe. Die Abnahmepflicht stelle das Aequivalent für die Uebergabepflicht des Verkäufers dar. Auch spreche Billigkeit und Verkehrsbedürfnis für diese Ansicht, weil die durch die Nichtabnahme entstehenden Nachteile vielfach in Geld überhaupt nicht ausgeglichen werden könnten. Die enge Auslegung des Gesetzes, die dem Verkäufer die Möglichkeit nehme, zurückzutreten und anderweitig über die Sache zu verfügen, nötige diesen in vielen Fällen, zunächst alle nachteiligen Folgen des Verhaltens des Käufers über sich ergehen zu lassen und dann unter Umständen einen langwierigen Prozeß wegen Schadensersatz zu führen. Dies sei ein unpraktisches und vom Gesetzgeber nicht gewolltes Resultat. Außerdem aber lasse der klare Wortlaut des Gesetzes, das im § 433 Abs. II die Abnahmepflicht in gleiche Reihe mit der Zahlungspflicht stelle und damit andeute, daß die Abnahmepflicht ebenso wie die Pflicht zur Kaufpreiszahlung eine Hauptverpflichtung sei, eine andere Auslegung der Abnahmepflicht gar nicht zu.

Gerade darauf, daß die Abnahmepflicht als Hauptverpflichtung aufzufassen sei, legen Düringer-Hachenburg sowie

[3]) a. a. O. S. 144 ff;

[4]) a. a. O. S. 801 ff;

[5]) a. a. O. S. 58 ff;

[6]) so Cosack Bd. 1 S. 64; Crome a. a. O. Bd. II S. 425 ff; Düringer-Hachenburg a. a. O. Bd. III S. 108, 110; Endemann a. a. O. Bd. 1 S. 438 Anm. 24 Müller S. 139, Leitsatz 16; Rosenberg a. a. O. S. 261; Rosenthal a. a. O. S. 32; Schäfer S. 78; Schollmeyer a. a. O. S. 38.

[7]) O. L. G. Marienwerder (Urteil v. 6. 12. 01) im Recht 1903 S. 103; O. L. G. Karlsruhe (Urt. v. 11. 7. 02). im Recht 1902 S. 556; O. L. G. Breslau (Urt. v. 16. 10. 02) im Recht 1902 S. 556;

[8]) so vom Reichsgericht in seiner Stellungsnahme Bd. 57 S. 108 ff.

die übrigen Vertreter der gleichen Auffassung den Schwerpunkt ihrer Ausführungen, da sie sich der Tatsache nicht verschließen können, daß § 326 überhaupt nur dann Anwendung finden kann, wenn die Leistung, mit welcher der eine Teil in Verzug geraten ist, zur Gegenleistung in einem synallagmatischen Verhältnisse steht.

Es sind zwar auch Ansichten hervor getreten[9]), die den § 326 ohne Rücksicht darauf, ob die Leistung der in Verzug befindlichen Vortragspartei Haupt- oder Nebenleistung ist, angewandt wissen wollen. Der Ausdruck: „Verzug mit der ihm obliegenden Leistung" läßt sich aber unter Würdigung des Zweckes des § 326 nicht anders auslegen als dahin, daß nur die Leistung *κατ' εξοχήν* die Hauptleistung und nicht etwa irgend eine Leistung nebensächlicher Art hier Gegenstand des Verzugs sein kann. Nur der Verzug mit einer solchen Leistung rechtfertigt die in den Bestand der Obligation tief einschneidenden Rechtsfolgen des § 326.

Wir haben also die Frage zu entscheiden, ob die Abnahmepflicht des Käufers eine Leistung im Sinne des § 326 B.G.B. d. h. eine Hauptleistung ist.

Ein Hauptargument der Anhänger der von Düringer-Hachenburg vertretende Ansicht gipfelt darin, daß in § 433 Abs. II. die Abnahmepflicht koordiniert mit der Zahlungspflicht aufgeführt sei und somit jener die gleiche Bedeutung wie dieser zukommen müsse. Wie Düringer-Hachenburg dazu kommt, die Ansicht, daß die Abnahmepflicht ebenso wie die Zahlungspflicht ein essentiale negotii sei, auf die Motive zu stützen, ist nicht verständlich, denn wenn es hier heißt:[10]) „Schwiege das Gesetz, so würde die Abnahmepflicht als ein naturale negotii verneint erscheinen," so ist damit doch ausgedrückt, daß durch Aufnahme in das Gesetz die Abnahmepflicht als naturale negotii anerkannt wird.[11])

Auch die Schriftsteller, die für die ausnahmslose Anwendung des § 326 auf den Abnahmeverzug eintreten, suchen neben der Deduktion aus dem Gesetze aus dem inneren Wesen der Abnahmepflicht die Folgerung zu ziehen, daß der Abnahmepflicht stets die Bedeutung einer Hauptleistung zukomme. Prüfen wir nun, ob die hierfür vorgebrachten Gründe geeignet sind, diese Auffassung zu rechtfertigen.

---

[9]) so Müller a. a. O. S. 125, Schäfer a. a. O .S. 75;

[10]) a. a. O. S. 315;

[11]) Hieraus ergibt sich auch die Unhaltbarkeit der Auffassung Makowers a. a. O. S. 1119, daß sogar ein Kauf nur gegen Abnahmepflicht ohne Zahlungspflicht vorkommen könne. In einem solchen Falle liegt eben kein Kauf vor.

Zunächst sei auf die Ausführungen Düringer-Hachenburgs eingegangen. Er meint zunächst, daß die Abnahmepflicht das Aequivalent des Käufers für die Verpflichtung des Verkäufers zur Uebergabe sei. Das ist u. E. nicht haltbar. Aequivalent der Uebergabe ist diejenige Leistung des Käufers, die dem Verkäufer für den durch Vornahme der Uebergabe erlittenen Vermögensverlust vollwertigen Ersatz bietet. Diesen erlangt der Verkäufer nur durch die Zahlung des Kaufpreises. Gegenüber dem in der erdrückenden Mehrzahl von Fällen den Verkäufer zum Abschluß des Kaufgeschäfts bestimmenden Bestreben, das Kaufgeld zu erlangen, tritt die Abnahmepflicht in den Hintergrund. Daß er auch die Abnahme der verkauften Sachen verlangen kann, ist in den seltensten Fällen für ihn entscheidend gewesen; die Abnahmepflicht bedeutet lediglich eine Erleichterung der Rechtsstellung der Verkäufers bei der Vollziehung des Kaufgeschäfts.[12])

Auch daß Billigkeit und Verkehrsbedürfnis die tief einschneidenden Folgen des § 326 beim Verzug mit der Abnahmepflicht rechtfertigen, kann nicht als richtig anerkannt werden. Wenn Düringer-Hachenburg und Andere sich hierfür darauf beruhen, daß der Verkäufer bei der gegnerischen Ansicht nicht zurücktreten und anderweitig über die Sache verfügen könne, sondern vielfach die nachteiligen Folgen der Handlungsweise des Käufers über sich ergehen lassen und später langwierige Schadensersatzprozesse führen müsse, so übersehen sie, daß meistens durch den Abnahmeverzug überhaupt kein Vermögensschaden für den Verkäufer entstanden und somit auch kein Raum für Schadensersatzprozesse gegeben ist. Jedenfalls kann auf diesen Grund nicht die Zweckmäßigkeit einer generellen Anwendung des § 326 auf den Abnahmeverzug gestützt werden.

Auch die Bestimmungen über den Spezifikationskauf im § 375 Abs. II. H.G.B. werden zum Beweise für diese Ansicht herangezogen. Der § 375 Abs. II H.G.B. gibt dem Verkäufer im Falle des Bestimmungsverzugs des Käufers das Recht, entweder die Bestimmung selbst vorzunehmen oder gemäß § 326 B.G.B. Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern oder vom Vertrage zurückzutreten. Da der Unterschied zwischen der Pflicht zur Abnahme und der zur Spezifikation nur ein „gradueller" sei[13]), müsse der Unterlassung einer derartigen Hilfshandlung, wie der Spezifikation die Unterlassung der Abnahme gleichgestellt werden. Schäfer[14]) übersieht nicht, daß

[12]) dem Sinne nach ebenso Jacobi a. a. O. S. 287 ff.
[13]) Crome Bd. II. S. 426 und mit ihm Schäfer a. a. O. S. 76,77;
[14]) a. a. O. S. 77;

es auffallend erscheint, wenn der Gesetzgeber beim Spezifikationsverzuge, den Schäfer mit Staub [15]) für eine Art des Abnahmeverzugs hält, auf die Zulässigkeit der Geltendmachung der — seiner Ansicht nach bereits beim Abnahmeverzug gegebenen — Rechte aus § 326 nochmals ausdrücklich hinweist; es soll sich daraus erklären, daß die Spezifikationsverpflichtung ein Minus der Abnahmepflicht sei, sodaß ein ausdrücklicher Hinweis darauf, daß selbst in diesem Falle die aus dem Abnahmeverzug resultierenden Rechte des § 326 Anwendung finden sollen, seine Berechtigung habe. Mag man aber auch Verzug hinsichtlich dieser Verpflichtung als eine Art des Abnahmeverzugs im weiteren Sinne bezeichnen können, so ist doch keineswegs die Spezifikationspflicht ein Minus der Abnahmepflicht. Wenngleich wir nicht den Standpunkt Striebingers [16]) teilen, der die Bestimmungspflicht geradezu als eine Hauptleistung des Käufers bezeichnet, so kommt u. E. der Bestimmungspflicht verglichen mit der Abnahmepflicht eine derart eigentümliche Bedeutung zu, daß eine Uebertragung der für den Spezifikationsverzug geltenden Regeln auf den Abnahmeverzug nicht gerechtfertigt ist. Die Schwierigkeiten, die ein mit der Spezifikation säumiger Käufer dem Verkäufer bereitet, sind anderer, vielfach weitergehender Art, als diejenigen, die dem Verkäufer bei einfacher Nichtabnahme erwachsen. Spezifiziert der Käufer nicht durch nähere Angabe der Formen, Maße und dgl., so ist der Verkäufer nicht einmal in der Lage, den Kaufgegenstand, den der Käufer später abnehmen soll, herzustellen. Es ist sehr wohl begreiflich, wenn das Gesetz dem Verkäufer, der es nicht vorzieht, die Bestimmung selbst vorzunehmen, die Rechte des § 326 B.G.B. einräumt, da beim Spezifikationsverzug die Erfüllungshandlungen zur Abwickelung des Kaufgeschäfts sich in einem weit weniger fortgeschrittenen Stadium befinden, als beim Vorliegen des einfachen Abnahmeverzugs. Im Falle des Spezifikationsverzugs wird es häufig die einzig befriedigende Lösung bedeuten, wenn der Verkäufer bereits jetzt vom Vertrage zurücktritt oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt. Die noch nicht nach Angabe der Spezifikation hergestellte Ware wird der Verkäufer leicht anderweitig verwerten können. Bedient er sich nicht der Rechte aus § 326, so wird der bereits mit der Spezifikationspflicht säumige Käufer leicht auch bei den anderen Erfüllungshandlungen dem Verkäufer Schwierigkeiten bereiten, die beim Verzuge mit der Abnahme nicht mehr in diesem Maße zu befürchten sind.

---

[15]) a. a. O. S. 1313 § 375 Anm. 12 und S. 1312 Anm. 2.
[16]) a. a. O. S. 67.

Nach alledem können wir auch die Auffassung der zweiten Gruppe, die für eine ausnahmslose Anwendung des § 326 B.G.B. auf den Abnahmeverzug eintritt, nicht teilen.

Wir bekennen uns vielmehr in den Grundsätzen zu der hauptsächlich von Staub [17]) und dem Reichsgericht [18]) [19]) vertretenen Ansicht, die für den Regelfall dem Verkäufer beim Abnahmeverzug des Käufers die Geltendmachung der Rechte aus § 326 B.G.B. versagt.

Staub — in Uebereinstimmung mit ihm auch das Reichsgericht — geht davon aus, daß die Verzugsfolgen des § 326 B.G.B. nur beim Verzuge mit einer der Gegenleistung synallagmatischen Hauptleistung Platz greifen können. Da aber die Abnahmepflicht in der Regel weder juristisch noch wirtschaftlich der Gegenwert für die Lieferungspflicht des Verkäufers sei — dies sei vielmehr die Zahlung des Kaufpreises —, sei beim Abnahmeverzug die Anwendung des § 326 B.G.B. ausgeschlossen. „Allerdings," so führt das Reichsgericht [20]) in Anlehnung an die Ansicht Staubs weiter aus, „wird sich in manchen Fällen unmittelbar aus der Natur und dem Gegenstande des Geschäfts, so im Großhandel bei Lieferung von Massenprodukten und Massenartikeln oder aus besonderen Vertragsbestimmungen und dgl. ergeben, daß die Abnahmeverpflichtung des Käufers ein Teil der ihm obliegenden Hauptleistung sei; in Fällen dieser Art steht der Anwendung des § 326 Abs. I. bei Verzug des Käufers mit der Erfüllung der Abnahmeverpflichtung kein Bedenken entgegen."

Die Bedenken, welche gegen diese Ansicht vorgebracht worden sind, haben wir bereits bei der Würdigung der Auffassung von Düringer-Hachenburg erörtert und für unbegründet befunden. Hier sei noch hervorgehoben, daß auch wirtschaftliche Gesichtspunkte mehr für die von uns vertretene als für die gegenteilige Ansicht sprechen, welche die an sich durch die Statuierung der Abnahmepflicht bereits günstigere Rechtsstellung des Verkäufers in einer dem Käufer gegenüber unbillig

---

[17]) Staub a. a. O. S. 1309 zu § 374 Anm. 143 ff.

[18]) R.G. Bd. 57 S. 108 ff; und im Recht 1903 S. 18.

[19]) ferner kommen zu dem gleichen Ergebnis: Hackert a. a. O. S. 43 ff; Neumann a. a. O. § 433 Anm. IV. 3; Oberloskamp a. a. O. S. 55 ff; Oertmann a. a. O. § 326 Anm. 3 d; Plank a. a. O. § 433 Anm. 7 b; Staudinger a. a. O. § 433 Anm. IX 2, b, Striebinger a. a. O. S. 66; Zeeden a. a. O. S. 38 ff; sowie O. L. G. Marienwerder in Seuff. Arch. Bd. 59 S. 132 ff; und O. L. G. Stuttgart in Rspr. d. O. L. G. Bd. 6 S. 48 ff.

[20]) R. G. Bd. 57 S. 112: Ueber die Anwendbarkeit des § 326 B.G.B. beim Verzug mit der Abnahme von Grundstücken vgl. R. G. Bd. 69 S. 107.

und hart erscheinenden Weise noch verstärken will. Wenn man von den Einzelfällen absieht, in denen auch wir für die Anwendbarkeit des § 326 B.G.B. beim Abnahmeverzug eintreten, ist die Rechtzeitigkeit der Abnahme der Kaufsache nicht von so einschneidender Bedeutung, daß damit die Anwendung der strengen Verzugsfolgen des § 326 B.G.B. gerechtfertigt wäre. Gesetzt den Fall, daß der Käufer nach Zahlung des Kaufpreises mit der Abnahme in Verzug gerät, so wäre es außerordentlich hart für ihn, wenn nun der Verkäufer gestützt auf § 326 B.G.B. die Auflösung des ganzen Vertrags ermöglichen könnte.[21]) Dies betonend führt das Reichsgericht[22]) aus, „daß die mechanische Anwendung des § 326 Abs. I zu Härten und Unbilligkeiten führen würde, die weder berechtigten Verkehrsanschauungen, noch berechtigten Verkehrsbedürfnissen entsprechen."

Für die Fälle, in denen § 326 auf den Abnahmeverzug ohne gleichzeitigen Zahlungsverzug Anwendung findet, ist es streitig, ob hier die Grundsätze über teilweise oder über totale Nichterfüllung Anwendung zu finden haben. Nach Staub ist unter teilweiser Nichterfüllung nur eine solche der Menge nach zu verstehen; sie bedeute nicht, daß von zwei verschiedenartigen Verpflichtungen die eine erfüllt werde, sondern sie begreife lediglich den Fall, daß eine Verpflichtung nicht quantitativ in vollem Maße, sondern nur zum Teil erfüllt werde, beispielsweise wenn der Verkäufer nicht den ganzen Kaufpreis zahle.

Mit Recht hat diese Ansicht keinen Anklang gefunden. Insbesondere ist sie bekämpft von Makower[23]) und Romeik.[24]) Makower führt aus, daß eine Einschränkung des Begriffs der teilweisen Nichterfüllung in der von Staub gewollten Weise im bürgerlichen Gesetzbuche nirgends angedeutet sei, und daß gerade bei gegenseitigen Verträgen viele Fälle denkbar seien, in denen eine teilweise Erfüllung der Menge nach in Frage komme. Es zerfalle ja nach § 433 Abs. I. auch die Leistung des Verkäufers in zwei Bestandteile, nämlich in Uebergabe

[21]) Der Einwand Rosenbergs a. a. O. S. 263 ff, daß durch die Fristbestimmung des § 326 und der damit verbundenen Androhung der Fristversäumung das Interesse des Käufers genügend geschützt sei, vermag unsere Bedenken gegen die generelle Anwendbarkeit des § 326 nicht zu zerstreuen, denn durch die Fristsetzung wird die Abnahme ihres Charakters als nebensächlicher Leistung selbstredend nicht entkleidet. Auch eine solche vorgängige Fristsetzung allein vermag daher den Eintritt der empfindlichen Folgen des § 326 beim Verzug mit dieser Nebenverpflichtung nicht zu rechtfertigen.

[22]) Bd. 57 S. 111;

[23]) Vorbem. zu §§ 375, 376.

[24]) a. a. O. S. 70 ff, 111.

und Eigentumsverschaffung; wenn der Verkäufer nur mit einer dieser Verpflichtungen in Verzug käme, so würde es nach der Staub'schen Auffassung an einer gesetzlichen Festlegung [25]) der Folgen dieses Verzugs vollständig mangeln, wenn nicht die Bestimmungen der §§ 320 ff. hier Anwendung finden könnten.

Gerade diese beiden verschiedenartigen Verpflichtungen des Verkäufers sprechen, wie Romeik zutreffend betont, entscheidend gegen die Ansicht Staubs, da § 440 Abs. 1 ausdrücklich bestimmt, daß der Käufer im Falle ihrer Nichterfüllung die Rechte aus § 320—327 habe. Warum sollen diese Rechte nicht auch zu Gunsten des Verkäufers in entsprechender Weise zur Anwendung kommen, wenn der Käufer nicht mit der Zahlung des Kaufpreises, sondern nur mit der Abnahme in Verzug ist? Wollte man dieser Auffassung das Bedenken entgegensetzen, eine entsprechende Anwendung sei um deswillen nicht angängig, weil die Verpflichtungen des Verkäufers zur Uebergabe und Eigentumsverschaffung zweifellos Hauptverpflichtungen sind, während von den Pflichten des Käufers die eine sich als Hauptverpflichtung und die andere als Nebenverpflichtung darstellt, so müßten wir demgegenüber darauf hinweisen, daß nach unserer Ansicht § 326 eben nur dann auf den Abnahmeverzug Anwendung findet, wenn die Abnahme nach den besonderen Umständen des Einzelfalls als Hauptverpflichtung anzusprechen ist.

Praktisch wird ja, besonders bei einem durch Leistungen Zug um Zug zu erfüllenden Kauf, der Fall des Abnahmeverzugs selten für sich allein vorkommen; meist wird sich der Käufer gleichzeitig in Zahlungsverzug, also in Totalverzug befinden. Ist er aber nur mit der Abnahme säumig, so liegt angesichts der aus Zahlung und Abnahme bestehenden Gesamtleistung Partialverzug vor. Stellt sich der Verzug mit dieser Teilleistung im Einzelfall mit Rücksicht auf die jeweilige Bedeutung der Teilleistung als Verzug hinsichtlich einer Hauptleistung dar, so kann der Verkäufer die Abnahme zurückweisen und Schadensersatz wegen unterlassener Abnahme fordern und, wenn der bereits bewirkte Teil der Gesamtleistung — die Kaufpreiszahlung — allein für den Verkäufer kein Interesse hat, Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrags verlangen oder vom Vertrage zurücktreten. Daß dieser letztere Fall, wie

---

[25]) Makower denkt hier selbstredend nur an eine gesetzliche Festlegung im Sinne der eigenartigen Verzugsfolgen bei gegenseitigen Verträgen, sodaß sich hiermit der Einwand Müllers a. a. O. S. 125, Makower habe die Anwendbarkeit der §§ 286 ff. übersehen, erledigt.

Oertmann [26]) meint, undenkbar sei, da die Kaufpreiszahlung auch ohne Abnahme für den Verkäufer unter allen Umständen Interesse habe, vermögen wir nicht anzuerkennen. Ist zum Beispiel der Kaufpreis mit Rücksicht auf rechtzeitige Abnahme im Vergleich zum eigentlichen Werte des Objekts sehr niedrig bemessen, so kann es wohl begreiflich erscheinen, wenn der Verkäufer auf die Erfüllung der bei einem solchen Vertrage eine untergeordnete Rolle spielenden Kaufpreiszahlung keinen Wert mehr legt. Es kommt nicht darauf an, daß ein Interesse des Verkäufers objektiv insofern besteht, als durch die Ueberführung des Kaufpreises aus dem Vermögen des Käufers in das des Verkäufers eine Verbesserung der wirtschaftlichen Lage des Verkäufers bewirkt wird, sondern darauf, ob der Verkäufer persönlich auf die Kaufpreiszahlung ohne Abnahme noch Wert legt.

---

[26]) Oertmann a. a. O. § 326 Notes.